



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

GABRIELLA BERSAN MENEZES

**O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO FRUTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO
POST MORTEM PATERNA**

Brasília

2014

GABRIELLA BERSAN MENEZES

**O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO FRUTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO
POST MORTEM PATERNA**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília- UNICEUB.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias
Ribeiro.

Brasília

2014

GABRIELLA BERSAN MENEZES

**O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO FRUTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO
POST MORTEM PATERNA**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília- UNICEUB

Orientador: Prof. Júlio César Lérias
Ribeiro

Banca Examinadora:

Júlio César Lérias Ribeiro

Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus e a Nossa Senhora por estarem sempre ao meu lado me guiando e me fortalecendo. Aos meus pais, Elbia e Paulo, e aos meus irmãos, Pedro e Bruno, por me proporcionarem tamanha conquista, e por terem lutado, sofrido e vencido comigo todas as dificuldades vividas ao longe destes cinco anos acadêmicos . E ainda a todos os meus amigos e familiares que a todo tempo estiveram presentes na minha vida me apoiando e me incentivando.

RESUMO

O trabalho monográfico constatou o tema da possibilidade jurídica do direito sucessório do embrião fruto de uma fertilização in vitro post mortem paterna dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Este estudo possibilita compreender a garantia do direito sucessório, tendo como base a análise de diversas fontes legislativas, como a Constituição Federal, o Código Civil e o Conselho Federal de Medicina. Ressalta-se ainda a ausência explícita de leis que regulamentam o tema e a urgente necessidade de um diploma legal para esclarecer o assunto. Como inexistem leis e até mesmo jurisprudências consolidadas as análises ficam voltadas essencialmente a cerca dos princípios constitucionais e bioéticos que circundam o tema. O texto identifica-se com a teoria concepcionista da personalidade jurídica e acredita que ao nascituro devem ser concedidos diversos direitos, pois reconhece-os como sujeito de direitos. Não podendo, portanto, haver qualquer diferenciação jurídica entre os filhos e os direitos a eles garantidos, independente da forma com que o mesmo tenha sido reproduzido.

Palavras-chave: Direito Sucessório. Fertilização in Vitro Post Mortem paterna. Nascituro.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 FERTILIZAÇÃO IN VITRO E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS E À FILIAÇÃO	9
1.1 DIREITO CIVIL E O DIREITO À FILIAÇÃO	9
1.2 FILIAÇÃO DECORRENTE DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO.....	15
1.3 DIREITO SUCESSÓRIO E FERTILIZAÇÃO IN VITRO POST MORTEM....	20
2 DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO FRUTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO POST MORTEM E O ORDENAMENTO JURÍDICO	25
2.1 SUCESSÃO POR FERTILIZAÇÃO IN VITRO E A INCOMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO	25
2.2 SUCESSÃO POR FERTILIZAÇÃO IN VITRO POST MORTEM E A CF/88	32
2.3 SUCESSÃO POR FERTILIZAÇÃO IN VITRO POST MORTEM E O CC/02.	38
3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA TUTELA SUCESSÓRIA POR FERTILIZAÇÃO IN VITRO POST MORTEM	44
3.1 JURISPRUCÊNCIAS FAVORÁVEIS À TUTELA SUCESSÓRIA DO EMBRIÃO DECORRENTE DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO POST MORTEM.....	44
3.2 JURISPRUDÊNCIAS DESFAVORÁVEIS À TUTELA SUCESSÓRIA DO EMBRIÃO DECORRENTE DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO POST MORTEM.....	51
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS.....	57
ANEXOS	61

INTRODUÇÃO

Tratar-se-á neste presente trabalho de monografia a cerca da possibilidade jurídica da aplicação das regras pertinentes ao direito sucessório do embrião fruto de uma fertilização in vitro post mortem de seu genitor, dentro do que tange e determina o ordenamento jurídico brasileiro.

O tema possui grande relevância social e jurídica dada a sua atualidade e as controvérsias existentes. Além do mais, apesar do desenvolvimento e a utilização dessas técnicas científicas andarem a passos largos, o Direito não se desenvolveu de maneira tão veloz, deixando dúvidas quanto à aplicação ou não do direito sucessório dentro do cerca a utilização deste modelo de reprodução humana.

Dessa maneira, o tema faz surgir como questão central a dúvida: é possível, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação e a garantia do direito sucessório para o embrião fruto de uma fertilização in vitro post mortem?

A hipótese que será demonstrada pelo presente estudo responde afirmativamente ao problema proposto. Conforme se demonstrará ao longo dos argumentos e justificativas trazidas através do desenvolvimento e do desenrolar dos capítulos.

No primeiro capítulo apresentar-se-á uma abordagem, doutrinária, sobre o direito à filiação e ao direito sucessório decorrentes da fertilização in vitro post mortem. Especificando seus conceitos gerais, significados, principais características e destacando os pontos relacionados ao tema e que o viabilizam. Tratar-se-á, também sobre a reprodução humana assistida e suas técnicas.

Ainda neste primeiro capítulo, far-se-á necessário ainda compreender que a visão apresentada pelo trabalho, segue a teoria concepcionista a cerca da personalidade jurídica. Teoria esta que não é o mesmo posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro, mas que demonstra o fato de o nascituro, desde a sua concepção já é considerado pessoa e deve ter seus direitos preservados, como qualquer outro ser humano.

No capítulo seguinte será realizada uma abordagem voltada para a análise da sucessão por fertilização in vitro post mortem e o seu amparo legal. Reportando, inicialmente a cerca de sua incompletude dentro do ordenamento jurídico e posteriormente será demonstrado o posicionamento existente pela Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 sobre os temas relevantes que determinam, possibilitam a viabilizam a proposta.

Já no capítulo 3, haverá a apresentação de jurisprudências que, embora não tratem diretamente do tema abordado, devido ao fato do assunto ainda ser escasso entre os tribunais brasileiros, trazem uma série de argumentos que ajudam a validar a tese defendida. Inicialmente, serão apresentadas jurisprudências que, de certa forma, defendem o mesmo posicionamento a ser apresentado por concluírem que o nascituro deve ser considerado como sujeito de direitos e por isso devem fazer jus as suas garantias. Depois, serão colacionados julgados desfavoráveis a esta hipótese, sendo que seus principais argumentos serão combatidos para que seja demonstrada a validade do direito sucessório do embrião fruto de uma fertilização in vitro post mortem.

Com o objetivo de se comprovar a viabilidade da hipótese apresentada, se faz necessário ressaltar que a pesquisa aqui realizada se baseará em livros brasileiros doutrinários civilistas e constitucionais contemporâneos, como Silmara J. A. Chinelato, Canotilho, J. J. Gomes, Guilherme Calmon Nogueira Gama, José Roberto Gomes e Pietro Perlingieri.

Por fim, cabe informar que para realizar a presente monografia será utilizado como metodologia científica pesquisas bibliográficas e documentais. Tendo em vista que foram pesquisados documentos jurisprudências e livros que dizem respeito e aprimoram o tema.

1 FERTILIZAÇÃO IN VITRO E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS E À FILIAÇÃO

No primeiro capítulo apresentar-se-á uma abordagem, doutrinária, sobre o direito à filiação e ao direito sucessório decorrentes da fertilização in vitro post mortem. Especificando seus conceitos gerais, significados, principais características e destacando os pontos relacionados ao tema e que o viabilizam. Tratar-se-á, também sobre a reprodução humana assistida e suas técnicas, bem como a cerca das teorias sobre o início da personalidade jurídica.

1.1 DIREITO CIVIL E O DIREITO À FILIAÇÃO

A filiação, apesar de não possuir uma definição expressa dada pela Constituição Federal, ou ainda, pelo Código Civil, é um importante grau de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau que pode ser definido como o vínculo jurídico que une os pais a um filho. É a relação existente entre uma pessoa e àquelas que o geraram ou o receberam como se o tivessem gerado.¹

O direito de filiação passou por importantes modificações ao longo das últimas décadas. Mudanças decorrentes não apenas das concepções morais da sociedade, como também quanto aos efeitos jurídicos atribuídos aos filhos.²

Uma determinante alteração foi dada com a proibição de qualquer forma de discriminação quanto à origem do filho. Portanto, independente de terem sido concebidos ou não dentro do casamento, ou ainda por meio da adoção, todos terão os mesmos direitos, qualificações e garantias. Essa alteração foi trazida ao ordenamento jurídico por meio da Constituição Federal Brasileira de 1988, no seu artigo 227 § 6º.³

Faz-se necessário destacar, devido a relevância do tema, que nem sempre o estado de filiação biológico será proveniente de uma relação sexual. De acordo com entendimentos modernos também serão determinados como filhos os havidos por fecundação artificial seja ela homóloga, aquela realizada a partir do

¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 396 v. 5.

² LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de direito civil*. 2 ed. São Paulo: Método, 2009, p. 1052-1054.

³ BRASIL. *Constituição (1988)*. Brasília, DF: Senado, 1988.

óvulo da mulher e o sêmen do homem, ou heteróloga, isto é a inseminação realizada com sêmen de terceiros.⁴

O interesse da criança é primordial para o direito de filiação, por tratar-se de direito indisponível, inalienável, imprescritível e irrenunciável. Em decorrência da relevância que a filiação tem para o ordenamento jurídico, importante se faz destacar e compreender os princípios que se sobressaem acerca da filiação. Sejam eles princípios constitucionais, que são aqueles dispostos em primazia da lei, bem como os princípios gerais de direito, aqueles preceitos retirados de forma implícita da legislação quando se verifica a presença de lacunas na lei com o objetivo de suprir quaisquer obscuridades existentes na legislação.⁵

Entre os princípios relacionados com o presente tema existem os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da paternidade responsável, da igualdade entre os filhos, da solidariedade familiar, do melhor interesse da criança, da segurança jurídica e o princípio da legalidade, embora não sejam estes os únicos princípios aplicáveis.

Inicialmente, analisa-se o princípio da dignidade da pessoa humana. Este é o principal e mais amplo princípio constitucional, no que diz respeito ao direito de família e é responsável por viabilizar o pleno desenvolvimento e a realização de todos os membros da sociedade.⁶

Ao se falar a cerca do princípio da dignidade da pessoa humana se faz necessário mencionar a argumentação apresentada por Kant quanto à distinção entre valor humano e valor de um objeto. Para ele, o homem é um ser tão precioso e importante que o seu valor chega ao ponto de ser imensurável e a dignidade seria esta própria incapacidade de se mensurar seu valor. Já um objeto qualquer, devido a sua qualidade pode lhe ser, facilmente, imputado um valor. É em razão disso que para Kant o homem não pode simplesmente ser substituído como se coisa fosse e,

⁴ WALD, Arnold. *Direito Civil: Direito de Família*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 306-308, v.5

⁵ FERNANDES, Silvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p 23

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23, v. 5

quando tal ser é posto em um mesmo nível junto com simples coisas se violará o princípio da dignidade da pessoa humana.⁷

O legislador constituinte consagrou no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal Brasileira, ser o Estado uma organização centrada no ser humano e assegurou as exigências básicas do mesmo em suas várias dimensões. Integrando, assim, às prerrogativas e garantias fundamentais ao exercício e a manutenção da cidadania.⁸ Este é um princípio de ordem fundamental e determina que todos os homens são membros igualitários do gênero humano. Por isso, tal princípio tem a finalidade de impor a todos a obrigação de obedecer ao dever de tutela e respeito para com as demais pessoas.⁹

Neste mesmo sentido tem o princípio da solidariedade familiar que é um vínculo jurídico decorrente do sentimento de que cabe aos indivíduos a obrigação de assistência, cooperação, zelo e amparo para com os demais membro do gênero humano. Consiste, portanto, na transformação de meros sentimentos e valores em direitos e deveres que devem ser exigidos nas relações interindividuais.¹⁰

À luz do que trazem estes princípios e o tema principal a ser abordado, entende-se que o embrião, fruto de uma reprodução assistida post mortem, deve ser considerado como um sujeito de direito e como parte integrante da família que o planejou e o concebeu. Independentemente de o genitor estar vivo no momento do seu nascimento. Dessa maneira, o embrião deverá ter direito à vida, à filiação, à sucessão e a todos os demais direitos previstos pelo ordenamento jurídico.¹¹

Já ao se analisar o princípio da liberdade identifica-se no âmbito do direito civil que tal princípio é responsável por conferir à pessoa a possibilidade de realizar escolhas, sem impedimentos legais, desde que observados e garantidos os princípios fundamentais. É a liberdade de adquirir, constituir e extinguir a entidade familiar, de testar, de se associar e de contrair obrigações independentes da atuação e da vontade do Estado.¹²

⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 95-99.

⁸ BRASIL. *Constituição (1988)*. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Parte Geral*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 85-87

¹⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil- Parte Geral*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 87-92

¹¹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução Humana e Filiação Civil: Princípios éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2006.

¹² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Parte Geral*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 95-97.

O princípio da igualdade é estabelecido pela Constituição Federal Brasileira em seu artigo 5º, quando se refere ao fato de que todos os indivíduos brasileiros ou estrangeiros residentes no País serão considerados como iguais perante a lei, sem que haja quaisquer distinção de qualquer natureza.¹³

Esse princípio visa garantir uma organização familiar mais participativa, solidária, democrática e igualitária. Além do mais, quebra com todo o autoritarismo e patriarcalismo de tempos passados, onde as mulheres e os filhos tinham papéis secundários em detrimento das vontades e ordens patriarcais.¹⁴

Outro princípio a ser analisado é o acerca da paternidade responsável. Este termo pode ter duas formas de conotação. A primeira delas pode ser entendida como sendo a autonomia garantida ao indivíduo de decidir sobre ter ou não filhos, bem como quantos filhos ter. Conotação esta que será de maior enfoque. Pois o segundo significado diz respeito a responsabilidade que os pais devem ter para com os filhos, sendo mais reconhecido e cabível dentro do que tange o dever parental.

Neste sentido, cabe ao próprio indivíduo, livre de qualquer interferência do Estado, decidir quantos filhos ter ou ainda se terá ou não filhos. É neste momento que a fertilização in vitro poderá interferir e auxiliar na realização dos desejos do homem. Já que está é a forma mais moderna e capaz de promover um progresso na resolução dos problemas quanto à infertilidade.¹⁵

Em detrimento da existência dos princípios da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável derivam direitos importantes como o direito à procriação e do planejamento familiar. Quanto ao direito à procriação entende-se como sendo o direito de obter um descendente que carregue consigo o patrimônio genético de seu ascendente, bem como a própria capacidade de exercer a função de genitor.¹⁶

Este é um direito que teve forte crescimento doutrinário a partir da evolução das técnicas de procriação humana assistida. Técnicas como essas garantem aos indivíduos que naturalmente não podem conceber uma criança a

¹³ BRASIL. *Constituição (1988)*. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁴ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 47

¹⁵ TESTART, Jacques. *A fertilização artificial*. São Paulo: Editora Ática. 1998.p. 4

¹⁶ BARBOSA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira(Coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 157

possibilidade de exercer o direito de procriação e conseqüentemente a função de genitor.

De acordo com que dispõe o artigo 11 da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 todas as pessoas têm o direito de desfrutar dos benefícios do progresso científico e de suas aplicações na área das ciências biomédicas e biológicas, desde que não afrontem a integridade, a dignidade e os direitos humanos dos indivíduos. Sendo assim, a partir do momento em que o indivíduo não ultrapassar o que traz os princípios constitucionais têm o direito, de por exemplo, realizar a reprodução assistida e assim exercer o direito à procriação.¹⁷

Já o direito ao planejamento familiar é regulado pela Lei 9.263/96 que disciplina o fato de ser este um direito de livre decisão do casal e compete ao Estado, unicamente, propiciar os recursos científicos e educacionais para que os mesmos possam fazer uso deste direito, sem colocar em risco suas vidas e a própria saúde.¹⁸

Outro importante princípio é o que determina a igualdade entre os filhos. É notório que este é um princípio derivado do princípio formal da igualdade disposto no artigo 5º da Constituição Federal do Brasil, onde todos serão iguais de acordo com a lei. Acontece que a partir do Código Civil Brasileiro de 2002 o princípio da igualdade se materializou de diversas formas e entre elas na área do direito de família. Onde a própria legislação passou a garantir que deve existir igualdade entre todas as entidades familiares, entre os cônjuges e companheiros e ainda entre os filhos de qualquer origem.¹⁹

O princípio da igualdade entre os filhos tem disposição na Constituição Federal artigo 227§ 6º, assim como no artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA- Lei nº 8069/90) e no artigo 1596 do Código Civil Brasileiro. Sendo que nestas três formas aparecem com a disposição de que os filhos, havidos ou não dentro de um casamento, ou provenientes de uma doação, terão os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à sua filiação. E é exatamente o que vem disposto nesses artigos que fez

¹⁷ DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>> Acesso em: 04 set. 2013

¹⁸ BRASIL. LEI 9.263/96. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm> Acesso em: 04 set. 2013

¹⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Parte Geral. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 92-95

com que houvesse o estabelecimento da igualdade entre os filhos através do afastamento da antiga diferenciação entre eles decorrente da sua origem.²⁰

Ao se estudar a cerca do interesse do menor adquire-se real relevância o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Apesar da diferença de idade, crianças são aquelas entre zero e doze anos e adolescentes entre treze e dezoito anos, ambos encontram-se em estágio de amadurecimento e formação pessoal e em detrimento disso, devem ser submetidos à normas e regras especiais, capazes de protegê-los diante a vulnerabilidade e a fragilidade que estão submetidos.

Tal princípio pode encontrar amparo legal a partir do *caput*, do artigo 227 da Constituição Federal Brasileira e ainda no artigo 3.1 da Convenção dos Direitos da Criança de 1989. E dispõe que o menor deve ter os direitos tratados com prioridade pelo Estado, sociedade e família, tanto em relação à elaboração como na aplicação de seus direitos.

Ressalta-se, entretanto, que apesar de os menores terem seus direitos priorizados, isso não significa que deve haver a exclusão dos direitos de terceiros em virtude dos interesses do menor. Pois de acordo com a natureza dos princípios não deverá haver supremacia de um princípio sobre o outro. E assim, quando houver incompatibilidade entre os direitos deverá ser analisado o caso concreto para que não haja exclusão de direitos em face dos dois interessados.

Ao analisar o princípio da segurança jurídica compreende-se que o cidadão deverá estar vinculado desde o seu nascimento aos fenômenos e às relações jurídicas que o cercam. Dessa maneira necessita de regras jurídicas estabelecidas para possa ter garantidos a estabilidade e proteção necessárias.²¹

Por fim, o princípio da legalidade é aquele disposto no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal Brasileira e determina que nenhuma pessoa será obrigada a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa, senão em decorrência de uma determinação legal. Dessa maneira, verifica-se a necessidade de uma regulamentação a cerca do assunto para que seja possível se identificar a sua legalidade ou não.²²

²⁰ BRASIL. *Constituição (1988)*. Brasília, DF: Senado, 1988.

²¹ Montalbano, Ana Caroline Oliveira. *Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família*. N 25. Santa Catarina: Revista da ESMESC. 2012 p.21

²² BRASIL. *Constituição (1988)*. Brasília, DF: Senado, 1988.

Percebe-se que os princípios constitucionais possuem forte influência e determinação a cerca dos limites e dos moldes da filiação. Entretanto, se faz necessário compreender os mecanismos que envolvem a filiação decorrente de fertilização in vitro post mortem materna.

1.2 FILIAÇÃO DECORRENTE DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO.

As inovações tecnológicas, tanto no campo da ciência biológica como na medicina, fizeram surgir técnicas capazes de interferir até mesmo na área da reprodução humana. Essas técnicas são chamadas de reprodução assistida e são responsáveis pelo combate à infertilidade e pela prevenção de enfermidades genéticas e hereditárias.

A reprodução humana artificial ou assistida é a forma encontrada por médicos e cientistas capaz de realizar o sonho, de homens e mulheres estéreis, de ter filhos.²³ São técnicas voltadas à busca de uma solução para a impossibilidade ou dificuldade de um indivíduo gerar a sua própria prole.²⁴

Este é o termo dado para o conjunto de técnicas caracterizadas pela intervenção do homem no processo de procriação natural. Elas têm o objetivo de encontrar soluções que possibilitem que pessoas inférteis ou estéreis consigam alcançar a maternidade ou a paternidade. E consiste na manipulação, em laboratórios, de pelo menos um dos gametas, seja ele espermatozoide ou óvulos.²⁵

Os estudos e pesquisas a cerca do tema tiveram início no final do século XIX, porém o primeiro bebê fruto de uma reprodução assistida nasceu no dia 25.07.1978, no norte da Inglaterra e recebeu o nome de Louise Brown. No Brasil, o primeiro bebê de proveta, nasceu em 07.10.1984 e recebeu o nome de Anna Paula Caldeira. A partir de então as técnicas de reprodução humana tem crescido em larga escala e tem realizado o sonho de dezenas de pessoas.

Um bom dado que comprova o crescimento e a popularização desta técnica são os números apresentados em 2012 pelo Comitê Internacional para

²³ RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos de Personalidade*. São Paulo: Themis. 2000. p.19

²⁴ GOMES, José Roberto. Reprodução Humana Assistida e Filiação na perspectiva dos Direitos de Personalidade. São Paulo: *Revista do Direito Privado*. V. 6 n 2 abr/ jun 2012. P.143/144.

²⁵ FONSECA, Joaquim de Paula Barreto. Aspectos médico- legais da inseminação artificial. In: NAKAMURA, Milton. *Inseminação Artificial Humana*. São Paulo: ROCA. 1984. p. 17

Monitoramento de Tecnologias de Reprodução Assistida, no encontro Anual da Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia, em Istambul. Onde apresentaram que chega a cinco milhões o número de bebês nascidos através destas técnicas desde 1978. Sendo que estes dados devem ter como base os números de fertilização in vitro e de ciclos de tratamento de micro injeção registrados no mundo até o ano de 2008.²⁶

Usualmente, muito se fala a respeito de inseminação e fecundação artificial e na maioria das vezes estes vocábulos são utilizados como sinônimos. Porém é importante destacar a diferença existente entre eles. Uma vez que a inseminação ocorre de maneira artificial quando o gameta masculino, sêmen, é introduzido nas vias genitais femininas de forma aproximar-se do óvulo a fim de fecunda-lo. Ao passo que é com a fecundação artificial que há o efetivo encontro entre os gametas, surgindo o embrião. Ela indica a própria fertilização, ou seja, é a procriação e concepção. Note-se que há casos em que pode haver a inseminação sem que ocorra, necessariamente, a fecundação.²⁷

As técnicas de reprodução assistida podem ser classificadas como sendo de baixa ou alta complexidade. A inseminação artificial(fecundação in vivo), que se dá no próprio organismo feminino é uma técnica de baixa complexidade e a fertilização in vitro, aquela que acontece em laboratório, fora do organismo é reconhecida como sendo de alta complexidade.

A inseminação artificial acontece através da introdução do espermatozoide na cavidade uterina feminina, por meio de uma sonda. Ou seja, aqui a fecundação do óvulo se dá por intervenção externa, porém dentro do próprio organismo da mulher. São modalidades gerais da inseminação artificial a inseminação homóloga, a heteróloga e a bisseminal. Sendo que a inseminação homóloga, também chamada de auto- inseminação é aquela em que há a utilização do sêmen do próprio companheiro na realização do procedimento. Essa técnica é

²⁶ FRAIETTA, Renato. *Reprodução humana*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/nascidos-por-reproducao-assistida-chegam-a-5-milhoes>>. Acesso em: 09 set. 2013

²⁷ GOMES, José Roberto. Reprodução Humana Assistida e Filiação na perspectiva dos Direitos de Personalidade. *Revista do Direito Privado*. São Paulo, v. 6, n 2 abr/ jun 2012. p.145.

indicada para os casos de hipofertilidade, perturbações das relações sexuais e esterilidade secundária após tratamento esterilizante.^{28 29}

A inseminação heteróloga é o tipo de técnica em que o sêmen usado é o de um terceiro, doador. E é indicada para os casos de doenças hereditárias e esterilidade definitiva masculina. A inseminação bisseminal ocorre nos casos onde haja a insuficiência de espermatozoides na ejaculação e, portanto faz-se a diluição de partes do esperma do marido e do doador, realizando a inseminação com o material genético de dois homens distintos.³⁰

Já a fertilização assistida, ou fertilização *in vitro* é o procedimento médico indicado para os casos de esterilidade tubária feminina, hipofertilidade masculina, endometriose e esterilidade inexplicada. Ocorre através da extração do óvulo maduro, existente dentro da mulher, fecundando-se com o espermatozoide e após isso se transfere o óvulo já fecundado para o útero da mãe.³¹

Esta é uma técnica composta por várias etapas. Na primeira delas há a indução da ovulação, na segunda há a punção folicular e cultura dos óvulos, posteriormente há a coleta e preparação do esperma e por fim é feita a inseminação e cultura dos embriões.³²

Na maioria das vezes, a fertilização *in vitro* é realizada a partir do óvulo e do espermatozoide dos companheiros e interessados, fertilização *in vitro* homóloga. Entretanto, existe a possibilidade de haver a doação destes materiais genéticos, fertilização *in vitro* heteróloga. Sendo que a doação do óvulo será aceita quando houver a esterilidade tubária feminina por ausência de óvulos e doenças hereditárias que impeçam a fecundação e a doação do esperma quando ocorrer a esterilidade masculina.³³

²⁸ GOMES, José Roberto. Reprodução Humana Assistida e Filiação na perspectiva dos Direitos de Personalidade. *Revista do Direito Privado*. São Paulo, v. 6, n 2 abr./ jun. 2012. p.145.

²⁹ RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos de Personalidade*. São Paulo: Themis. 2000 p.38

³⁰ IDEM. p. 38

³¹ RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos de Personalidade*. São Paulo: Themis. 2000. p.40

³² RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos de Personalidade*. São Paulo: Themis. 2000. p.42

³³ RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos de Personalidade*. São Paulo: Themis. 2000. p.45

O sêmen, ao contrário do óvulo ou ovócito, pode ser congelado, sem que haja a perda de sua capacidade geratriz. Aliás, no atual estágio científico, mesmo os embriões humanos obtidos através da fertilização *in vitro* podem ser mantidos vivos, congelados, o que se denomina de embriões criopreservados.³⁴

Durante a vigência do Código Civil Brasileiro de 1916 era feita uma diferenciação entre os filhos, classificando-os como legítimos ou ilegítimos, de acordo com o fato de terem sido concebidos durante a vigência do casamento, legítimos, ou não, ilegítimos. Porém com o surgimento da Constituição Federal e o artigo 227 § 6º todos os filhos, independente do matrimônio deveriam ser considerados da mesma forma, em razão da proibição de qualquer diferenciação de ordem discriminatória entre eles.

Antes, porém, do advento das técnicas de reprodução humana assistida era possível afirmar que uma gestante era, indiscutivelmente, a mãe da criança que carregava em seu ventre e que seu marido, provavelmente, seria o pai daquela criança. Isso se dava porque a concepção ocorria, necessariamente, por meio da conjunção carnal. Entretanto, no momento em que se separou o vínculo parental da hereditariedade cromossômica, esse panorama mudou, ocasionando alterações devidas e precisas no ordenamento jurídico brasileiro.³⁵

Dessa maneira, para que se defina o direito à filiação é importante destacar que a doutrina e a jurisprudência, atuais, consagram além da filiação biológica, aquela decorrente do vínculo sanguíneo, e da filiação civil, aquela decorrente da adoção, a filiação afetiva ou socioafetiva. Pois partem do princípio de que para se definir um pai ou uma mãe, não devem ser analisados e verificados apenas os laços biológicos, como também os laços afetivos e o querer externado pela responsabilidade e os deveres em face da filiação.^{36,37}

No tocante à reprodução assistida as regras quanto à filiação foram determinadas pelo artigo 1.597 do Código Civil Brasileiro, incisos III, IV e V, onde se

³⁴ FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Safe 1991. p. 52

³⁵ SILVA, Elizandra Mara. *A filiação em face da reprodução humana assistida*. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/2-1247232309.PDF>> Acesso em: 11 set. 2013

³⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992.p. 151

³⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar.1999.p. 244

presumem concebidos durante a vigência do casamento os filhos a) obtidos por fecundação artificial homóloga, ainda que o marido haja falecido. b) Concebidos através de inseminação artificial homóloga, a qualquer tempo, quando tratar-se de embriões excedentários. c) Concebidos por inseminação heteróloga, havendo, para tanto, prévia autorização do marido.³⁸

Observa-se, portanto, que as determinações legais quanto ao assunto ainda são vagas e imprecisas, pois até mesmo no que tange a inseminação artificial, a legislação brasileira não se pronunciou quanto à hipótese de filiação nos casos em que se utiliza o procedimento bisseminal.³⁹ Sem se falar que a legislação apenas se pronunciou a respeito da filiação decorrente da inseminação artificial, deixando de lado as demais técnicas de reprodução humana, como a fecundação *in vitro*.⁴⁰

Surgem então grandes discussões, pois, teriam os filhos concebidos através da fecundação *in vitro*, o mesmo tratamento atribuído aos concebidos pela inseminação artificial, sendo feita uma analogia ao que traz o Código Civil Brasileiro? Ou ainda, qual seria a determinação jurídica garantida àquele concebido por meio da fertilização *in vitro* post mortem? O ordenamento jurídico, aceita o que alguns doutrinadores denominam como mãe por substituição, em face, do falecimento da mulher, tendo esta deixado seu material genético disponível?

Essas são questões que ainda são muito novas e modernas dentro da sociedade brasileira. Entretanto, a cada dia que se passa mais pessoas recorrem a estes mecanismos em prol de realizar o sonho da maternidade ou paternidade. Porém diante da ausência de uma regulamentação específica este sonho pode tornar-se um grande pesadelo, uma vez que a simples dúvida dos direitos e garantias que estes novos indivíduos poderão ter já provoca grande insegurança e medo nos pais.⁴¹

³⁸ BRASIL. *Código Civil*. 12 Ed. São Paulo. Riddel. 2012

³⁹ GOMES, José Roberto. Reprodução Humana Assistida e Filiação na perspectiva dos Direitos de Personalidade. *Revista do Direito Privado*. São Paulo, v. 6, n 2 abr./ jun. 2012. p.145.

⁴⁰ IDEM. p 145.

⁴¹ SANTOS, Natália Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Teles. *Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e post mortem*. Disponível em: <<http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/lydia/pdf/reflexos.pdf>> Acesso em: 11 set.2013

1.3 DIREITO SUCESSÓRIO E FERTILIZAÇÃO IN VITRO POST MORTEM

O direito sucessório consiste no ramo jurídico responsável por reger a transmissão de bens, valores e/ou dívidas de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em detrimento do que versa a lei ou um testamento específico.⁴² É o próprio fenômeno jurídico onde há a substituição da titularidade de um direito de uma pessoa para uma ou mais, investindo-se, no todo ou em parte, nos direitos que a este competiam.⁴³

Existe dentro do ordenamento jurídico brasileiro uma classificação quanto à espécie de sucessão. Podendo ser legítima, onde os sucessores serão parentes naturais ou civis do falecido e serão resultantes de um apontamento específico da lei. Testamentária oriunda de um negócio jurídico na forma da lei denominado testamento, última disposição de vontade do falecido detentor do patrimônio. Dessa maneira, quando não houver testamento ou ainda no que sobejar-lhe segue-se a ordem de vocação hereditária legítima, estabelecida pela lei.⁴⁴ O Código Civil Brasileiro determina como sendo herdeiros legítimos, obedecendo à ordem, os descendentes, os ascendentes, os cônjuges e os colaterais.⁴⁵

Quanto à sua abrangência a sucessão pode ser a título singular quando se determina um bem certo e singularizado a ser herdado e ainda a título universal quando o sucessor recebe uma cota parte proporcional de todo o patrimônio a ser herdado.

Para que um indivíduo possa receber os bens deixados pelo *de cujus* é necessário que ele tenha capacidade sucessória. Sendo que essa é a capacidade determinada pela aptidão para se tornar herdeiro ou legatário de uma herança. Vale ressaltar que capacidade sucessória e capacidade civil não dizem respeito ao mesmo tipo de capacidade, pois ao contrário do que já foi dito a capacidade civil consiste, simplesmente, na aptidão de uma pessoa para exercer, por si só, os atos da vida civil.⁴⁶

⁴² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva.v.6. 2004. p. 3

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas.v.7. 2007. p.1

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil-Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas.v.7. 2007. p.8

⁴⁵ BRASIL. Código Civil. 12 Ed. São Paulo. Riddel. 2012

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva.v.6. 2004. p. 44.

Nesse sentido, importante se faz entender o que vem a ser personalidade jurídica, bem como o momento de seu início e a importância para o assunto. Compreende-se que a personalidade jurídica seja o conjunto de direitos atuais ou meramente faculdades jurídicas atribuídas a um ser, ou seja, é simplesmente a capacidade de ser titular de direitos e consequentemente, contrair obrigações.⁴⁷

Para determinar o início da personalidade jurídica existem três teorias, mais significativas, que são teoria natalista, teoria condicionada e concepcionista. A primeira delas, teoria natalista, é o modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, segundo a qual a personalidade inicia-se através do nascimento com vida. Desse modo, no que cerca o nascituro, segundo a ideia trazida por tal teoria, ele não seria um detentor de personalidade civil, pois seria meramente uma expectativa de pessoa e dessa maneira teria apenas uma expectativa de possuir um direito.⁴⁸

Já a teoria condicionada é aquela que garante a expectativa de direito, desde a sua concepção, porém a subordina e vincula à condição de que haja o seu nascimento com vida. Seguindo essa visão teórica a personalidade do nascituro já existe desde o momento da sua concepção, entretanto, espera-se que haja a ocorrência da condição suspensiva, que no caso vem a ser o nascimento com vida, para que a capacidade jurídica se consolide.⁴⁹

A teoria concepcionista, ou também chamada de concepcionista incondicional, entende que o nascituro deve ser considerado pessoa digna de direitos desde o momento de sua concepção. Os adeptos da teoria utilizam-se do fundamento de que desde o momento da concepção o ser humano já deve ser protegido pelo direito como se nascido fosse.⁵⁰

Após conhecer as espécies de teorias a cerca da personalidade jurídica surgem as indagações quanto à teoria adotada pelo ordenamento. Uma vez que se o nascituro é detentor de direitos como a curatela, a representação e ainda a herança, como pode este mesmo indivíduo não ser considerado uma pessoa detentora de personalidade civil. Já que não existe direito sem pessoa, sem um

⁴⁷ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Rio 1976. p. 70.

⁴⁸ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os Direitos do Nascituro: Aspectos Cíveis, Criminais e do Biodireito. 2. ed. *Revista. atual. e ampliada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 65

⁴⁹ CALDAS, Ubaldo Alves. *Direito Civil: Parte Geral*. 2. ed. Goiânia: AB, 2003. p. 83.

⁵⁰ PUSSI, William Artur, *personalidade jurídica do nascituro*, Juruá, 2 ed., 2008. p.82

detentor de personalidade civil, sendo impossível que o nascituro possua direitos sem que necessariamente também possua personalidade.⁵¹

Sendo assim, para avaliar se o nascituro fruto de uma fertilização *in vitro* post mortem paterna tem ou não direito sucessório, fica-se claramente dependente da teoria concepcionista e de seus fundamentos. Entretanto, vale a pena destacar que este não seria o primeiro assunto abordado pelo ordenamento jurídico que depende da teoria concepcionista, pois a própria Lei 11.804/2008, responsável pela regulamentação dos alimentos gravídicos já faz essa abordagem. A lei apresenta a possibilidade do nascituro como o titular pelo pleito de alimentos. Garantindo a ele, como sujeito de direito, a personalidade jurídica, conforme apresenta e determina a teoria concepcionista.

Necessário se faz ainda compreender que de acordo com o ordenamento atual a sucessão *causa mortis* deve ter o seu fenômeno sucessório aberto a partir do momento em que ocorre a morte do autor da herança.⁵²

De acordo com o que traz o artigo 1798 do Código Civil Brasileiro, para suceder, o sucessor tem que ser pessoa viva ou concebida à época da abertura da herança. Dessa maneira, compreende-se que se o sucessor falecer antes que o sucedido, este não terá mais a capacidade para herdar. O mesmo pode ser observado, nos casos em que a pessoa que ainda não foi concebida, ao tempo do evento morte do autor da herança, não tem direito de suceder. Salvo a hipótese presente no inciso I do artigo 1799 do CC, onde o legislador determina a possibilidade de o autor da herança, em testamento, deixar esclarecida a parte a ser herdada por um filho ainda não concebido.⁵³

Porém, os legisladores à época da formulação do código civil deixaram de tratar a cerca das técnicas de reprodução artificial assistida, onde se encontra a hipótese do embrião concebido *in vitro*, tendo suma implantação posterior ao falecimento do pai e ainda a de criopreservação de sêmen, embriões humanos e também o óvulo, através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, viabilizando a possibilidade de haver a geração de filhos após a morte. Trazendo

⁵¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Red Livros, 2001. p. 121-122.

⁵² JOTA, Rossini Lopes. Fertilização Assistida. Considerações a respeito da inseminação artificial com sêmen do marido ou companheiro, na viúva ou companheira, após a morte do depositante. Consequências jurídicas. São Paulo: *Revista do Direito Privado*. v. 2, n 7 jul./ set. 2001. p.131.

⁵³ BRASIL. *Código Civil*. 12 Ed. São Paulo. Riddel. 2012

assim grandes problemas e dúvidas ao que diz ao direito sucessório quanto ao filho gerado post mortem. Além do mais, a partir das inovações tecnológicas da reprodução assistida é possível se verificar um lapso temporal existente entre o momento da fecundação e o da gestação.

Muito se discute a cerca da possibilidade do autor deixar em testamento herança para o filho ainda não concebido, como traz o artigo 1799 do Código Civil Brasileiro, está ferindo o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, presente no artigo 227 § 6º da Constituição Federal⁵⁴. Pois ao admitir a possibilidade da disposição testamentária em favor da prole eventual decorrente da reprodução homóloga assistida, caracteriza-se o tratamento diferenciado, no campo sucessório, uma vez que os filhos havidos antes da morte do genitor podem herdar de forma simultânea pelo testamento e pela sucessão legítima.⁵⁵

Porém independente de existir ou não um testamento no momento da abertura do inventário, compreende-se que há de ser reservados os bens referentes à prole eventual, com o intuito de evitar um futuro litígio e obedecer ao direito de herança, presente no artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal⁵⁶. Pois caso contrário, caberá ao herdeiro após o seu nascimento pleitear seu quinhão de herança, através de uma petição de herança, como se fosse um filho reconhecido por uma investigação de paternidade posterior a morte do genitor.⁵⁷

Quanto à petição de herança, anteriormente citada, entende-se como sendo o modelo de ação viável para que o herdeiro, fruto de uma fertilização in vitro post mortem paterna, possa demandar pelo reconhecimento de seu direito sucessório e obter a restituição da herança, em sua totalidade ou em partes, contra aquele que a possua. Esta possibilidade de ação judiciária está determinada pelo artigo 1.824 do CCB e vale ressaltar que necessita se determinar um prazo temporal para que a fertilização in vitro venha a ocorrer, podendo até mesmo ser o prazo prescricional de 10 anos da petição de herança, contados a partir da data do falecimento do autor da herança.⁵⁸

⁵⁴ BRASIL. *Constituição (1988)*. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁵⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. 1993, p. 54.

⁵⁶ BRASIL. *Constituição (1988)*. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁵⁷ FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. 2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423_>. Acesso em 18 set. 2013

⁵⁸ BRASIL. *Código Civil*. 12 Ed. São Paulo. Riddel. 2012

No que se refere à reprodução assistida importante se faz destacar o direito à procriação, bem como os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana onde se leva em consideração o direito de garantia ao indivíduo de decidir sobre ter ou não filhos, bem como quantos filhos ter. E é a partir das técnicas de reprodução humana que houve a possibilidade de realização de sonhos de paternidade dos indivíduos. Neste sentido compreende-se que uma pessoa que luta para conseguir gerar e criar uma criança tem total interesse em garantir os direitos a ele cabíveis, portanto, os direitos sucessórios devem-lhe ser concedidos, mesmo quando esta for concebida post mortem.⁵⁹

Entende-se claramente que na data da edição do Código Civil Brasileiro, era de muitíssima dificuldade de se prever que a reprodução assistida tomaria proporções tão grandes como atualmente acontece, ainda mais os problemas que ela traria. Porém diante dos avanços e do crescimento deste tipo de técnica se faz necessário uma atualização no ordenamento a título de legislar a cerca das questões polêmicas à este título.

As questões que tratam sobre o direito sucessório e a reprodução assistida post mortem são, sem dúvidas, por si só muito complexas. E ao analisar o ordenamento jurídico é nítido que as controvérsias não são solucionadas de formas transparentes e exatas. Além disso, por se tratar de um tema atual, a doutrina contemporânea ainda não possui uma posição exata o que dificulta ainda mais nas resoluções dos casos concretos. Justificando-se assim, a necessidade de uma legislação específica em caráter de urgência para sanar todos os casos.⁶⁰

⁵⁹ RIGO, Gabriella Bresciani. *O status de filho concebido post mortem perante o direito sucessório na legislação vigente*. Portal Jurídico Investidura Florianópolis/ SC, 08 Jul. 2009. Disponível: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849>. Acesso em: 18 set. 2013

⁶⁰ JOTA, Rossini Lopes. Fertilização Assistida. Considerações a respeito da inseminação artificial com sêmen do marido ou companheiro, na viúva ou companheira, após a morte do depositante. Consequências jurídicas. São Paulo: *Revista do Direito Privado*. v. 2, n 7, jul./ set. 2001. p.135.

2 DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO FRUTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO POST MORTEM E O ORDENAMENTO JURÍDICO

No presente capítulo realizar-se-á uma abordagem voltada para a análise da sucessão por fertilização in vitro post mortem e o seu amparo legal. Reportando, inicialmente a cerca de sua incompletude dentro do ordenamento jurídico e posteriormente será demonstrado o posicionamento existente pela Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 sobre os temas relevantes que determinam, possibilitam a viabilizam a proposta.

2.1 SUCESSÃO POR FERTILIZAÇÃO IN VITRO E A INCOMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A completude do ordenamento jurídico se apresentava como postulado da Escola da Exegese, ao determinar que o Direito positivado seria constituído de normas jurídicas responsáveis por regular e dispor a cerca das situações fáticas e necessárias de interesses do indivíduo. Dessa maneira, de acordo com essa acepção jurídica, o Direito seria pleno e não deveria apresentar lacunas.⁶¹

Entende-se mais precisamente sobre completude como sendo a propriedade pela qual um ordenamento jurídico seja capaz de possuir normas hábeis de regular qualquer caso. Sendo assim, a incompletude deste ordenamento poderá ser determinada pelo o fato de o sistema jurídico não possuir normas que proibam um determinado comportamento ou ainda que o permita de forma clara e específica. Dessa maneira, nos casos em que não houver nem a proibição ou a permissão de um caso concreto entende-se que o sistema é considerado como incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna.⁶²

Todavia, por mais completo que seja um ordenamento, o desenvolvimento das situações fáticas que envolvem os indivíduos toma a cada dia proporções complexas e sofre alterações constantes, impossibilitando que o Direito seja capaz de se atualizar nas mesmas proporções. Ou seja, em resumo, o que ocorre é que a sociedade avança muito mais rápido do que o desenvolvimento do Direito, acarretando assim, no aparecimento de normas ultrapassadas e no

⁶¹ COSTA, Wellington Soares da. *A incompletude do ordenamento jurídico*. Disponível em: <<http://www.urutagua.uem.br/03costa.htm>> Acesso em: 01 out. 2013

⁶² BOBBIO, Norbert. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10 ed. 1999. p.115

surgimento de lacunas.⁶³ Uma vez que as lacunas podem ser percebidas quando o sistema não oferece a possibilidade de resolver um caso concreto o autorizando ou de maneira oposta, o proibindo, acarretando no que se denomina incompletude.⁶⁴

Como se pôde verificar as lacunas legislativas existem e devem ser adotadas medidas de integração da norma para que seja realizado o seu preenchimento. Para que assim, o juiz possa obter mecanismos capazes de solucionar a incompletude do ordenamento diante as situações a ele apresentadas. Bobbio determina que existam dois métodos para se completar um ordenamento jurídico. O primeiro denominado de heterointegração é determinado pela integração realizada ao se recorrer a ordenamentos diversos ou ainda a fontes diversas da Lei dominante, podendo aqui assumir três formas que são os costumes, o poder criativo do juiz e ainda às opiniões dos juristas, nos casos de silêncio da Lei e do costume.⁶⁵

O segundo método é denominado de auto- integração e apóia-se na analogia e nos princípios gerais do direito. As analogias são conhecidas pelo fato de ser o procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina jurídica atribuída a um caso semelhante já regulamentado. Já os princípios gerais do direito são normas mais gerais e fundamentais. São princípios universais utilizados para colmatação de lacunas, podendo ser expressos ou implícitos da norma.⁶⁶

Neste mesmo sentido traz o artigo 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro que a partir do momento em que for a lei omissa, caberá ao juiz utilizar-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito para decidir o caso incompleto em questão.⁶⁷ Poderá ainda, embora não disposto pela Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, fazer uso da equidade desde que haja permissivo legal

⁶³ DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem. São Paulo: *Revista do Direito Privado*. v. 9, n 34, abr./ jun. 2008. p.209.

⁶⁴ BOBBIO, Norbert. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10 ed, 1999. p.139.

⁶⁵ BOBBIO, Norbert. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10 ed, 1999. p.146, 147 e 148.

⁶⁶ BOBBIO, Norbert. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10 ed, 1999. P. 156 e 157.

⁶⁷ BRASIL. *Lei de Introdução ao Direito Brasileiro*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 17 out. 2013

expresso, como se verifica pela determinação do artigo 127 do Código de Processo Civil.⁶⁸

Exemplo destes acontecimentos que ocorrem mais rápido do que o desenvolvimento do Direito ocasionando o surgimento de lacunas e incompletude da lei são os avanços e a popularização da utilização das técnicas de reprodução humana assistida. Uma vez que o próprio Código Civil regulamenta apenas a cerca da inseminação artificial homóloga e heteróloga, sendo essa última de forma bastante superficial. Deixando de determinar importantes especificações das demais técnicas altamente utilizadas no Brasil, como a fertilização in vitro. Em razão disso, basta uma rápida análise aos dispositivos do Código Civil no que tange ao direito sucessório do filho concebido após a morte do seu genitor para que se identifique a tamanha ineficiência da legislação vigente.⁶⁹

Verifica-se a incompletude do ordenamento jurídico a este respeito por não haver qualquer tipo de proibição ou regulamentação expressa sobre as demais técnicas de reprodução humana. Permitindo, com isso, que os filhos concebidos através destes avanços tecnológicos tenham seus direitos e garantias constitucionais submetidos à avaliação subjetiva dos magistrados. Ferindo assim, com o princípio do dogma da completude que determina que o ordenamento jurídico seja completo para que seja capaz de fornecer ao juiz uma solução ao caso concreto, sem que para isso seja necessário recorrer à equidade. Fere ainda com a regra de completude dos ordenamentos que disciplina que o juiz deverá julgar as controvérsias que lhe sejam apresentadas com base em uma norma pertencente ao sistema.⁷⁰

Em razão disso, é necessária a formulação de uma legislação capaz de garantir o acesso das pessoas ao projeto parental de constituir família, que respeite e resguarde seus princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da responsabilidade, da intimidade e do direito à saúde. Bem como uma norma que garanta aos filhos concebidos por fertilização in vitro post mortem o direito de

⁶⁸ FIGUEREDO, Roberto e FIGUEREDO, Luciano. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: < <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/CIVIL%20-OAB%20-SITE.pdf> >. Acesso em: 17 out. 2012.

⁶⁹ RIGO, Gabriella Bresciani. *O status de filho concebido post mortem perante o direito sucessório na legislação vigente*. Portal Jurídico Investidura Florianópolis/ SC, 08 Jul. 2009. Disponível: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849>. Acesso em: 18 set. 2013

⁷⁰ BOBBIO, Norbert. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10 ed, 1999. p.118,119.

igualdade aos demais, e como consequência disso o direito de receber a herança de seu genitor falecido anteriormente ao seu nascimento.

Neste sentido o Brasil tem desenvolvido uma série de projetos de lei apresentados ao Senado Federal. Um deles é que tem grandes chances de ser a primeira lei sobre o assunto é o Projeto de Lei 1184/03. Este é um projeto de autoria do ex-senador e médico Lúcio Alcântara e a ele estão apensadas outras 11 propostas. O projeto busca definir normas para a realização de inseminação artificial e fertilização in vitro. Entretanto especialistas e médicos consideram que este projeto já se encontra desatualizado, pois impõe limites e proibições a técnicas já popularizadas e altamente utilizadas como a barriga de aluguel, entre membros da família, e a procriação de casais homossexuais.⁷¹

Enquanto este país não apresenta uma legislação específica ao caso, médicos e magistrados se submetem às determinações oriundas das resoluções do Conselho Federal de Medicina que tratam do assunto. A mais recente é a CFM nº 2013/2013 que além de revogar a CFM nº 1957/10, resolução anterior que versa sobre o assunto, adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida como sendo dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Entretanto, quanto ao tema da inseminação post mortem a resolução se limitou a afirmar que há a possibilidade da realização desta modalidade de reprodução assistida desde que haja prévia autorização do falecido, conforme já trazia as determinações legais vigentes. Deixando, porém, de tratar sobre o ponto em questão que é o direito sucessório do filho concebido por fertilização in vitro post mortem e mantendo-se inerte as dúvidas e problematizações decorrentes do direito sucessório desse indivíduo.⁷²

O tema abordado, devido a sua relevância e problemática, tem sido objeto de discussão jurídica em diversos países. E é claro que por estarmos diante de contextos culturais, religiosos, sociais e econômicos diversos, a abordagem se dá de forma particular e diferente em cada um deles. Neste contexto, verifica-se que há

⁷¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Falta de normas sobre reprodução assistida levou a crimes como os de Roger Abdelmassih*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/433724-FALTA-DE-NORMAS-SOBRE-REPRODUCAO-ASSISTIDA-LEVOU-A-CRIMES-COMO-OS-DE-ROGER-ABDELMASSIH.html>> Acesso em: 01 out. 2013

⁷² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 2013/13, de 09 de maio de 2013*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em: 30 out. 2013

países que permitem sem restrições a utilização da reprodução humana assistida post mortem, há aqueles que permitem a prática, porém com ressalvas e há aqueles que proíbem a técnica de qualquer forma.

O Brasil encontra-se bem atrasado em comparação a países como Estados Unidos, Portugal, Itália e Europa em relação a limitação e as determinações da reprodução assistida. Foi nos Estados Unidos, onde esta se desenvolveu primeiramente e onde mais se disseminou que em 1973 surgiu o *Uniform Parentage*, onde se pretendia determinar um disciplinamento da reprodução humana assistida. A legislação americana, no geral, adotou uma postura de flexibilização da utilização das técnicas de reprodução humana, garantindo-lhe uma ampla permissibilidade. O *Uniform Parentage* trata de aspectos importantes como o direito de resguardar a identidade do doador e a possibilidade de comercialização de óvulos e sêmen humano.⁷³

Em razão da autonomia legislativa de que gozam os Estados Federados dos Estados Unidos, cada um deles pode optar em possuir determinações próprias sobre o tema e/ou adotar o *Uniform Parentage*. Um bom exemplo, sobre a autonomia legislativa dos Estados Federados é sobre a gravidez de substituição, pois essa é aceita em estados como Arkansas e Nevada.⁷⁴

Já quanto à legislação portuguesa insta se orientar que após grande período de vazio legislativo sobre a reprodução humana assistida aprovou-se a Lei 32/2006. Uma lei voltada a disciplinar de forma ampla a procriação medicamente assistida, estabelecendo, até mesmo, sanções penais para o caso de descumprimento de suas determinações. No que fala sobre a reprodução assistida post mortem a lei, apesar de permitir a criopreservação do sêmen do doador, veda a inseminação artificial post mortem. Permitindo somente que a utilização post mortem seja para cumprir com um projeto parental especificado por via escrita antes do falecimento do pai.⁷⁵

Apesar de a lei específica vedar esse tipo de técnica post mortem determina de forma sábia e com o intuito de proteger os interesses da criança,

⁷³ FERRAZ, Ana Claudia Brandão De Barros Correia. *Reprodução Humana Assistida E suas Consequências nas Relações de Família*. Curitiba: Juruá Editora. 2011. p. 65.

⁷⁴ FERRAZ, Ana Claudia Brandão De Barros Correia. *Reprodução Humana Assistida E suas Consequências nas Relações de Família*. Curitiba: Juruá Editora. 2011. p. 67.

⁷⁵ FERRAZ, Ana Claudia Brandão De Barros Correia. *Reprodução Humana Assistida E suas Consequências nas Relações de Família*. Curitiba: Juruá Editora. 2011. p. 69

concebida dessa maneira, que em caso de violação da norma e realizada a inseminação post mortem será atribuída a paternidade deste ao falecido. Esclarecendo que a criança não poderá ser prejudicada e discriminada por ter sido concebida através de uma violação à norma.⁷⁶

Nesse mesmo sentido existem as leis da Europa e da Itália, que independente de seu conteúdo mais permissivo ou restritivo tem a função de garantir segurança jurídica às relações provenientes da reprodução humana assistida. E é exatamente isso que falta no ordenamento jurídico brasileiro. Uma norma que seja capaz de garantir segurança e os direitos fundamentais aos indivíduos. Existem pensamentos diversos entre doutrinadores e magistrados, e devido à complexidade do assunto e a ausência de leis específicas, o Brasil encontra-se distante de uma solução eficaz aplicada ao tema⁷⁷

Conhecer a forma em que o tema é tratado pelos ordenamentos jurídicos de outros países bem como a relevância do tema para o Brasil e a sua preocupação em sanar com a incompletude existente se faz mais necessário ao se destacar suas participações como fontes do ordenamento jurídico. Uma vez que este é constituído por uma infinidade de normas e por ser denominado como complexo não existe nenhum poder ou órgão que seja capaz de satisfazer por si só todas as regras de conduta necessárias a uma sociedade. Ou seja, a complexidade do ordenamento deriva da multiplicidade de fontes das quais surgem suas regras e normas de conduta. Em razão disso o poder supremo poderá recorrer a duas formas de expedientes. A primeira delas é a recepção de normas já estabelecidas por ordenamentos diversos, fontes reconhecidas, e a segunda é a delegação do poder de produzir as normas jurídicas a poderes ou órgãos inferiores, fontes delegadas.⁷⁸

Cabe ressaltar que essa complexidade do ordenamento jurídico não exclui o fato dele ser um sistema unitário e para que isso seja compreendido é preciso entender o que Kelsen determinou como sendo a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico. É através dela que se verifica a capacidade de um ordenamento ser ao mesmo tempo complexo e unitário. Sua explicação é

⁷⁶ FERRAZ, Ana Claudia Brandão De Barros Correia. *Reprodução Humana Assistida E suas Consequências nas Relações de Família*. Curitiba: Juruá Editora. 2011. p. 69

⁷⁷ FERRAZ, Ana Claudia Brandão De Barros Correia. *Reprodução Humana Assistida E suas Consequências nas Relações de Família*. Curitiba: Juruá Editora. 2011. p. 76

⁷⁸ BOBBIO, Norbert. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10 ed, 1999. p.38 e 39.

baseada no fato de existirem normas superiores e inferiores e partindo em ascendência das normas inferiores para àquelas que se encontram acima delas se chega a uma norma suprema e fundamental.⁷⁹

Verifica-se aqui a formação de uma estrutura hierárquica, normalmente representada por uma pirâmide, onde no grau mais baixo, chamado de base, encontram-se os atos executivos e o grau mais alto, vértice, é constituído pela norma fundamental. Este é um conceito importante no momento de se solucionar antinomias, que é o encontro de duas proposições incompatíveis que não podem ser ambas verdadeiras em um mesmo ordenamento. Uma vez que, entre outros critérios como o cronológico e o da especialidade, o conteúdo das normas hierarquicamente superiores prevalecerão em relação às demais.⁸⁰

De acordo com o exposto apresenta-se claramente a problemática envolvendo as técnicas de reprodução humana assistida ocorrida após a morte do doador fecundamente, em especial no que diz respeito ao tema abordado neste trabalho. Restando-se comprovada a necessidade da regulamentação dessas técnicas, tendo em vista que questões dessa envergadura não podem permanecer por mais tempo incompletas no sistema jurídico, sem claras delimitações a cerca da sua permissibilidade ou proibição.

Sem a existência de dispositivos legais que regulem e discipline o assunto em questão o cidadão é submetido a um ambiente de insegurança jurídica com mais dúvidas do que soluções. Pois não só existem problemas quanto à possibilidade de uma pessoa optar pela reprodução assistida como também quanto às consequências dessa técnica no direito hereditário de sua prole. Entretanto, como já explicitado existem mecanismo para a solução dessa insegurança ocasionada pela incompletude jurídica e um deles, e mais utilizado, são os princípios gerais do direito, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, em razão de seu caráter intrínseco da proteção dos direitos e deveres de todos os indivíduos.

⁷⁹ BOBBIO, Norbert. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10 ed, 1999. p.45 e 46.

⁸⁰ BOBBIO, Norbert. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10 ed, 1999. p. 93.

2.2 SUCESSÃO POR FERTILIZAÇÃO IN VITRO POST MORTEM E A CF/88

A Constituição Federal Brasileira é um conjunto de normas e princípios jurídicos a que todos devem submeter-se e será através da análise de seus dispositivos que se compreenderá a participação dos princípios gerais do direito no momento de se completar o ordenamento jurídico. Ela foi promulgada em 05 de outubro de 1988 e marcou o início da consolidação da democracia, após os anos da ditadura militar. É considerada como sendo a base hierárquica do sistema jurídico, lei maior, suprema e fundamental, responsável, entre outras, pela delimitação da estruturação do Estado, pela formação dos poderes públicos, determinação de competências, direitos, deveres e garantias dos cidadãos.⁸¹

Desde a promulgação da Constituição Federal um ramo do direito que progrediu de forma surpreendente é o ramo das tecnologias, pertencentes à quarta geração de direitos. Dentre estes avanços, um dos temas mais abordados é a reprodução humana assistida, por apresentar grandes divergências e discussões entre os juristas e por ainda não haver legislações específicas sobre o assunto.

Ocorre que diante da relevância do tema e a incompletude do ordenamento a Constituição Federal, como base hierárquica do sistema jurídico, deve agir como sendo o próprio alicerce das resoluções dos litígios, bem como a base da regulamentação competente. São as determinações e especificações dos princípios trazidos pela própria Constituição que serão observados todas as vezes que surgir um fato novo, não previsto em lei específica.

Dessa maneira, verifica-se a importância dos princípios trazidos pela Constituição Federal a luz do estudo a ser feito pelo direito sucessório do embrião decorrente de uma fertilização in vitro post mortem paterna em face da ausência de uma determinação legal. Razão pela qual insta se analisar alguns princípios que norteiam este assunto a luz das determinações constitucionais.

Primeiramente, observa-se a relevância do princípio da supremacia da Constituição Federal. Princípio originado a partir de sua rigidez, ou seja, a constituição é uma lei suprema do Estado, que dificilmente poderá ser alterada. É nela que se encontram a própria estruturação e organização de órgãos. É através de

⁸¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 41.

suas determinações que existem as normas fundamentais do Estado, o que garante por si só a superioridade em relação às demais normas jurídicas.⁸² Em razão disso, as normas constitucionais, por serem normas base, não podem ser contrariadas pelas demais ações dos poderes do Estado, sob a pena de serem consideradas inconstitucionais e, em razão disso, inválidas.

Sendo assim, enquanto o ordenamento jurídico brasileiro se restar omissos quanto à legislação específica para as técnicas de reprodução assistida, deverá predominar cumulado com o princípio em questão o princípio da legalidade. Onde se determina que o cidadão deve fazer tudo o que é, de modo expresso, obrigatório e não pode fazer tudo o que, da mesma forma, for proibido por lei. Ou seja, ao analisar o tema em questão deverá ser observada a máxima de que tudo o que não é proibido é permitido, desde que não contrarie os princípios e normas constitucionais.⁸³

Antes de se verificar outros princípios constitucionais é necessário se compreender a relevância dada ao direito de personalidade, estabelecido pela Constituição Federal em seu artigo 5º cumulado ao artigo 2º do Código Civil Brasileiro onde visam à proteção da vida, dos direitos e deveres tanto dos não nascidos quanto aos nascidos como participantes reais dos atos civis. Levando em consideração, para tanto, que a personalidade é o momento em que o indivíduo encontra-se apto a praticar os atos da vida civil por si só ou através de outrem, ele passa a ser um sujeito possuidor de direitos e deveres.⁸⁴

Determinar a natureza jurídica dos nascituros, bem como quais são os seus direitos e deveres, que é o que mais interessa a este respeito, é um tema que têm provocado grande controvérsia doutrinária. No entanto, compreende-se que embora o nascituro ainda não seja considerado pessoa, deve ter a proteção legal de seus direitos preservada desde o momento da sua concepção, que se dá a partir da fusão dos gametas pela junção do óvulo ao espermatozóide formando o zigoto ou o

⁸² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 45

⁸³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. Disponível em: <<http://introducaoadireito.info/wp/pt/?p=364>> Acesso em: 07 out.2013.

⁸⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil Lei n 10.406, de 10.01.2002*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 139.

embrião. Devendo ser, portanto o nascituro o titular de todo e qualquer direito que lhe seja compatível.⁸⁵

Um dos princípios constitucionais mais importantes atrelados a este é o da dignidade da pessoa humana e que na maioria dos casos serve de apoio e base para a solução da incompletude do ordenamento jurídico brasileiro. Está previsto pela Constituição Federal em seu artigo 1º, III. O termo dignidade da pessoa humana foi utilizado primeiramente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e no ano seguinte foi adotada pelo artigo 1.1 da Constituição da República da Alemanha. Desde então passou a ser utilizada pelas constituições democráticas como sendo uma exigência essencial para a determinação da cidadania.⁸⁶

Dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, do Estado e da comunidade. É um complexo de direitos e deveres fundamentais que são assegurados a estes contra todos e contra atos degradantes e desumanos que sejam capazes de interferir na possibilidade de garantia das condições necessárias para a manutenção de uma vida saudável e em comunhão com os demais seres humanos.⁸⁷

Este é um direito que deve ser assegurado a todos os indivíduos até o momento de sua morte, alcançando todas as dimensões do ser humano, sejam elas corpóreas, psíquicas, moral, espiritual, política e social. Em razão disso, é óbvio que é um direito que deve ser resguardado ao filho concebido por fertilização in vitro em todas as dimensões de sua vida, seja dentro do âmbito da cidadania, com também no que diz respeito à sucessão e ao direito de paternidade. O mesmo deverá ter o direito de manter uma vida saudável e digna como todos os demais indivíduos, inclusive em comparação com aqueles que forem concebidos de acordo com os métodos originais e primários de reprodução.

Em detrimento do que vem sendo exposto e em derivação ao direito à dignidade surgiu o direito à procriação. Esta é uma forma juridicamente aceita para determinar uma especificação legal que seja capaz de garantir ao indivíduo o direito

⁸⁵ JUNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. *Revista dos Tribunais*.v.98, n. 882. Abr. 2009. Alimentos Gravídicos, p.12 e 13.

⁸⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 99

⁸⁷ WANDERLEY, Adriana Artemizia de Souza. *O Status de Filho Concebido Post Mortem Perante o Direito Sucessório Na Legislação Vigente*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6441> Acesso em: 08 out. 2013.

de reproduzir um descendente que carregue seu patrimônio genético. É o direito que o ser humano tem para exercer a função, muitas vezes sonhada e desejada, de genitor.⁸⁸

Este é um direito que após o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida passou por grandes discussões, porém só foi reconhecido oficialmente como direito fundamental a partir da Conferência Internacional de Cairo em 1994 e de Pequim em 1995. E compreende no direito de decidir de forma livre e responsável sobre o número de filhos a serem gerados e os prazos de intervalo de tempo entre o nascimento de cada um deles.⁸⁹

Ainda em relação ao direito de procriação e ao princípio da dignidade da pessoa humana temos o planejamento familiar, conforme encontramos disposto no artigo 226 § 7º da própria Constituição Federal.⁹⁰

O planejamento familiar deve ser encarado como sendo algo além do livre poder de decisão do homem, da mulher ou do casal a cerca de quantos filhos terão. Deve ser visto como sendo o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta iguais direitos de constituição, limitação ou aumento da prole. Caberá a eles propiciar, dentro do possível, o desenvolvimento adequado de seus filhos. Ao passo que quanto ao governo em seu plano jurídico caberá a responsabilidade de participar no planejamento familiar através da natureza promocional, e não coercitiva, orientando os responsáveis através de ações de cunho preventivo e educativo.⁹¹

Sendo assim, em decorrência do que foi explanado a cerca do planejamento familiar, no que tange às implicações jurídicas da reprodução humana assistida decorrente da fertilização in vitro, entende-se que deve ser garantido a

⁸⁸ BARBOSA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 157.

⁸⁹ BARBOSA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 229

⁹⁰ “Art. 226 § 7º- Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” BRASIL. *Constituição (1988)*. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁹¹ DELFIM, Márcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem. São Paulo: *Revista do Direito Privado*. v. 9, n 34 abr./ jun. 2008. p.211.

estes filhos o mesmo tratamento dos demais indivíduos, independente se a técnica de reprodução assistida foi realizada antes ou depois da morte de seu genitor.⁹²

Deve-se observar que em função destes direitos já citados inerentes aos pais decorrem direitos e princípios constitucionais da criança que também devem ser observados a este respeito. Como é o caso do melhor interesse da criança, da igualdade e da herança.

O princípio do melhor interesse da criança foi consagrado pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro no artigo quinto do extinto Código do Menor, de 1979. Porém apenas em 1988 com a Constituição Federal que instituiu em seu artigo 227 o princípio que garante às crianças e aos adolescentes de terem diversos direitos assegurados por seus familiares, pela sociedade e pelo Estado.⁹³

Alguns dos direitos presentes nesse artigo da Constituição Federal, como o direito à vida, à saúde, à dignidade, à liberdade, são direitos fundamentais assegurados a todos os indivíduos, determinados pelo artigo 5º da lei maior. Em contrapartida, os direitos à profissionalização, à convivência familiar e comunitária são direitos específicos às crianças e adolescentes. Ressalta-se com isso a importância dada pela Constituição Federal, que por mais que se torne redundante repetindo direitos fundamentais, visa elencar os direitos que sejam determinantes para o interesse e a manutenção do menor. Sendo assim, este deve ser um importante princípio a ser observado que no que diz respeito ao direito sucessório decorrente da fertilização in vitro post mortem. Uma vez que é de inteira relevância para a Constituição que sejam mantidos e preservados os interesses do menor.⁹⁴

Já o princípio da igualdade é um dos pilares de sustentação do meio jurídico. Visto como sendo uma forma essencial e justa de se viver em sociedade. É assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 5º onde determina que todos os

⁹² DELFIM, Márcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem. São Paulo: *Revista do Direito Privado*. v. 9, n 34, abr./ jun. 2008. p.211.

⁹³ “Artigo 227- É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” BRASIL. *Constituição (1988)*. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 214

indivíduos serão considerados e tratados como iguais diante a lei, sem que hajam entre eles distinções de qualquer natureza.⁹⁵

Em razão deste princípio o legislador determinou que devem ser tratados de maneira igual, os iguais e de maneira desigual, os desiguais. Sem que hajam preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação entre eles, conforme verifica-se ainda no disposto do artigo 3º, IV da Constituição Federal.⁹⁶

Este é um princípio que se estende a todos os seres humanos, já nascidos ou até mesmo os apenas concebidos. Uma vez que a igualdade deverá ser reconhecida em prol de se respeitar o ser humano durante todo o seu desenvolvimento. O embrião fruto de uma fertilização in vitro post mortem ou qualquer outra técnica de reprodução humana em razão do que traz o princípio da igualdade é considerado como uma pessoa humana e por isso merece proteção de forma absoluta e irrestrita.⁹⁷

Em decorrência do princípio da igualdade o legislador da Constituição Federal determinou ainda em seu artigo 227 § 6º o princípio da igualdade entre os filhos. Através deste princípio foi possível se afastar a diferenciação entre os filhos, estabelecendo uma igualdade absoluta entre eles. Inexistindo, a partir de então, distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, o poder familiar e ao direito sucessório.⁹⁸

Sendo assim, da mesma maneira que não pode haver distinção entre a prole sendo decorrente de um relacionamento conjugal ou extraconjugal, se natural ou adotivo, também não é justo e viável que haja distinção do direito sucessório abrangido por aquele que nasceu antes ou depois da morte do genitor, independente da técnica utilizada para a sua concepção.

É garantida a criança e ao adolescente ainda, entre vários outros, o direito à herança, elencado pela Constituição Federal pelo artigo 5º inciso XXX. Na oportunidade o legislador estabelece a garantia ao direito de herança sem que haja

⁹⁵ BRASIL. *Constituição (1988)*. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁹⁶ BRASIL. *Constituição (1988)*. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁹⁷ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 116

⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. VI: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 08.

qualquer tipo de restrição.⁹⁹ Motivo pelo qual, se entende que diante os avanços científicos e tecnológicos da reprodução assistida que permitem a realização de uma técnica de fertilização in vitro após a morte do genitor cumulados com todos os princípios e direitos constitucionais já elencados é inteiramente inconstitucional impossibilitar que indivíduos provenientes dessa técnica de reprodução não possam usufruir do seu direito sucessório.¹⁰⁰

Após tomar conhecimento a cerca das determinações da Constituição Federal de 1988 acerca da sucessão por fertilização in vitro, bem como da importância que seus princípios possuem para a completude do ordenamento jurídico resta-se compreender e analisar o posicionamento decorrente do que traz as disposições do Código Civil de 2002.

2.3 SUCESSÃO POR FERTILIZAÇÃO IN VITRO POST MORTEM E O CC/02.

O Código Civil de 2002- Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – foi o propulsor de temas nunca antes cogitados pela codificação brasileira. Porém, apesar de toda a sua inovação constata-se a sua proposital omissão a respeito de vários aspectos importantes, como por exemplo, os que norteiam e determinam evolução e a aplicação da reprodução humana assistida heteróloga.¹⁰¹

Este código é fruto de um Projeto de Lei apresentado em 1975, pelo então Presidente da República, no período em que surgiam as discussões iniciais a respeito das técnicas de reprodução assistida. Ocorre que entre a tramitação do Projeto de Lei e a data da sua vigência se passaram quase 27 anos, e durante todo esse período a sociedade passou por várias modificações e transformações tanto no âmbito econômico, social e científico quanto o que diz respeito a regulamentação legislativa, mais especialmente destaca-se a promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988. Pois com o texto da Constituição de 1988 houve a

⁹⁹ BRASIL. *Constituição (1988)*. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁰⁰ DELFIM, Márcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem. São Paulo: *Revista do Direito Privado*. v. 9, n 34, abr./ jun. 2008. p.214

¹⁰¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A Reprodução Assistida Heteróloga sob a ótica do Novo Código Civil. Porto Alegre. *Revista Brasileira de Direito de Família*. v.5, n 19, ago.set, 2003 p. 41/42.

inocuidade de inúmeras regras constantes no Projeto do código, inclusive quanto à inconstitucionalidade material.¹⁰²

Além da existência de algumas inconstitucionalidades, o Código Civil deixou de versar sobre várias questões diante dos limites formais inerentes à elaboração, discussão e aprovação da lei, entre elas, foi deixada de lado aspectos relevantes a cerca da reprodução medicamente assistida. Como esclareceu Ricardo Fiúza em seu Relatório geral aprovado pela Comissão Especial do Código Civil, quando diz que o Projeto não versava sobre a determinação dos direitos do nascituro fruto de uma fertilização in vitro.¹⁰³

Para que se possa analisar o presente tema à luz das determinações decorrentes do Código Civil é preciso iniciar o estudo reconhecendo que o presente código se valida da lei maior, suprema e fundamental, que é a Constituição Federal. Assim, todas as normas de que tratam este código devem ser validadas a partir das normas constitucionais. E quanto ao que tange o presente tema importante se faz relembrar que as determinações do código devem observar e seguir o princípio da dignidade da pessoa humana. Tendo em vista que este é um princípio garantido constitucionalmente e que serve como base para que haja uma boa convivência entre os membros de uma entidade familiar. Além do mais, é a partir deste princípio que surgem as demais regras e princípios do direito de família, bem como é através dele que o Estado é capaz de proporcionar que cada ser humano possa viver de forma digna.¹⁰⁴

Para iniciar a análise da sucessão por fertilização in vitro a partir das determinações do Código Civil de 2002 verifica-se na redação do seu artigo 2º a disposição de que uma pessoa somente se tornará apta a ter direitos a partir do momento em que haja seu nascimento com vida. No entanto, ela terá seus direitos salvaguardados desde a sua concepção.¹⁰⁵

¹⁰² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A Reprodução Assistida Heteróloga sob a ótica do Novo Código Civil. Porto Alegre. *Revista Brasileira de Direito de Família* v.5, n 19, ago./set., 2003 p. 41/42

¹⁰³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A Reprodução Assistida Heteróloga sob a ótica do Novo Código Civil. Porto Alegre. *Revista Brasileira de Direito de Família*. v.5, n 19, ago./set, 2003 p. 46

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.62

¹⁰⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Sobre a repercussão geral e os recursos especiais repetitivos, e seus reflexos nos processos coletivos. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT- 882- abr.2009- 98 ano p. 12.

Entende-se como nascituro aquele que há de nascer, o produto da concepção, antes de vir à luz.¹⁰⁶ Nestes termos, embora a vida se inicie a partir da fecundação e da gravidez, decorrente de uma nidação, é necessário se entender que o início da proteção da personalidade jurídica deve ser determinado e garantido a partir da penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo que isso venha a ocorrer fora do corpo da mulher. Além do mais, direitos importantes e relevantes da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e à saúde, devem ser assegurados e preservados independentes do nascimento com vida.¹⁰⁷

Ao se falar em fertilização in vitro surgem diversas dúvidas, tais como, qual deve ser o tratamento jurídico atribuído a este embrião humano ou quando começa a sua vida, em que momento ele adquire dignidade e até mesmo se seria possível atribuir a ele a tutela de direitos. Porém, essas são as indagações que visa-se esclarecer.

Cabe ressaltar, que ao que tange a tutela civil do embrião concebido in vitro, bem como se ele teria ou não personalidade jurídica, são temas em que não há qualquer disposição do Código Civil. Entretanto, não se pode negar que há uma evidente aproximação entre o embrião in vitro e o nascituro, merecendo assim, o embrião, eminente proteção jurídica.¹⁰⁸

Essa proteção jurídica ao embrião in vitro é necessária para que seja viável a existência de garantias e proteções de que estes embriões não sejam utilizados de formas comerciais ou ainda para que não haja a sua eliminação pura e simples. Além do mais, qualquer atividade que aconteça a fim de prejudicar tais embriões estará agindo de forma contrária às determinações oriundas dos direitos constitucionais de proteção à vida e à dignidade humana.¹⁰⁹

No que tange a sucessão e a reprodução humana assistida o Código Civil/02 determina em seu artigo 1.798 que serão legítimos a suceder apenas aquelas pessoas que forem nascidas ou concebidas até o momento em que ocorrer

¹⁰⁶ Dicionário do Aurélio. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/Nascituro.html>> Acesso em: 30 de outubro de 2013.

¹⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito: Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil* – 22. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1. p. 193.

¹⁰⁸ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Novos temas de biodireito e bioética: Os embriões humanos mantidos em laboratório*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 91-92.

¹⁰⁹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Novos temas de biodireito e bioética: Os embriões humanos mantidos em laboratório*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 94.

a abertura da sucessão.¹¹⁰ Sendo assim, o embrião concebido após a morte de seu genitor não teria direitos a receber a parte legítima de sua herança que receberia caso tivesse sido concebido antes da morte do genitor e autor da herança.¹¹¹

Sendo que a solução apresentada para o caso foi determinada pelo artigo 1.799, inciso I onde esclarece que os filhos ainda não concebidos poderão suceder por sucessão testamentária.¹¹² Desde que as pessoas indicadas por este como genitores da futura prole estejam vivas no momento da abertura da sucessão e que o filho seja concebido dentro do prazo de dois anos, caso não haja disposição testamentária específica.¹¹³

Acontece que de acordo com essas determinações, os filhos frutos de uma inseminação realizada post mortem, prole eventual, não seriam herdeiros legítimos, podendo suceder apenas através da sucessão testamentária. O que contraria de forma clara o princípio da igualdade entre os filhos, previsto pela Constituição Federal no artigo 227§ 6º, onde há a determinação de que os filhos deverão ter os mesmos direitos e qualificações, independente de sua origem, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias quanto à filiação.¹¹⁴

Levando em consideração tal contrariedade entre o Código Civil e a Carta Magna compreende-se que qualquer prática agressiva aos direitos de um indivíduo, independente de seu estágio de vida, atinge a sua dignidade. E é inconcebível qualquer atitude e norma que contrarie o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.¹¹⁵

Para doutrinadores renomados como Maria Berenice Dias, não há justificativas plausíveis que sejam capazes de excluir da herança o filho concebido post mortem, ainda mais quando essa criança é fruto de um desejo do genitor expresso durante a vida. Além do mais, uma das justificativas para a utilização das técnicas de fertilização in vitro é o exercício do direito ao planejamento familiar

¹¹⁰ BRASIL. *Código Civil*. 12 Ed. São Paulo. Riddel. 2012

¹¹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 p.112..

¹¹² BRASIL. *Código Civil*. 12 Ed. São Paulo. Riddel. 2012

¹¹³ ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3127>> Acesso em: 30 out 2013.

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 p. 112.

¹¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2007.v. VII: p. 55.

àqueles que não podem conceber a criança utilizando-se das técnicas naturais de reprodução. Dessa maneira, a partir do momento em que há o consentimento expresso do genitor para que seja realizada a fertilização in vitro, independente da data em que ocorra o nascimento, o filho deverá ter assegurado o seu direito sucessório.¹¹⁶

Entretanto, os doutrinadores que se inclinam em admitir o direito sucessório dos concebidos post mortem também se inclinam para o fato de se estabelecer um prazo para que a concepção possa ocorrer. Alguns deles consideram como sendo razoável a fixação deste prazo em dois anos, fazendo uma analogia ao que traz o artigo 1800§4º do Código Civil.¹¹⁷ Porém, a maioria deles reconhece como limite o prazo prescricional da ação de petição de herança. Pois acreditam que dessa forma, estarão evitando a possibilidade de insegurança jurídica, por um tempo indeterminado, aos demais herdeiros.

A ação de petição de herança é uma medida judicial possível e cabível para que o herdeiro resultante das técnicas de reprodução humana assistida post mortem, na qualidade de herdeiro, poderá ajuizar para que haja o reconhecimento de seu direito à herança bem como o recebimento dos bens que a compõem, acompanhado inclusive de seus rendimentos e acessórios.¹¹⁸

Dessa maneira, seria através da ação de petição de herança que a criança fruto de uma fertilização in vitro poderia pleitear seu reconhecimento como herdeiro e assegurar seu quinhão hereditário. Tendo em vista que o prazo para que possa requerer tal direito é de 10 anos, contados a partir do momento em que a criança completar 16 anos, data em que adquirirá sua capacidade relativa.¹¹⁹

Após a análise a cerca das determinações do Código Civil, verifica-se que a doutrina que compreende a possibilidade do direito à sucessão decorrente da fertilização in vitro post mortem merece maior relevância, pois está calcada em princípios constitucionais norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, como por

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 p.117-118.

¹¹⁷ “Art. 1800§4- Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”.BRASIL. *Código Civil*. 12 Ed. São Paulo. Riddel. 2012

¹¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 p. 621.

¹¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 p. 625.

exemplo a dignidade da pessoa humana, igualdade entre os filhos e a segurança jurídica dos demais envolvidos na questão sucessória. Atentando-se tanto quanto aos direitos da criança como quanto àqueles que também estão envolvidos com a herança do *de cujus*.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA TUTELA SUCESSÓRIA POR FERTILIZAÇÃO IN VITRO POST MORTEM

Após as explicitações feitas, nos capítulos anteriores, a cerca dos conceitos, teorias, princípios, garantias e problematizações que cercam o direito sucessório e a técnica de fertilização in vitro post mortem paterna cria-se uma base para que seja possível compreender a viabilidade e a necessidade do assunto para a sociedade moderna.

Inicialmente, faz-se necessário compreender que apesar da relevância que o direito sucessório para embriões fecundados por meio de fertilização in vitro post mortem apresenta para a sociedade devido ao crescimento das utilizações de tais técnicas, este ainda não é um assunto amplamente abordado pela doutrina brasileira. E consequentemente, no que tange as questões jurisprudenciais e doutrinárias é um tema escasso.

Dessa maneira será realizada e demonstrada uma análise inicial de jurisprudências e doutrinas correlatas que determinam posicionamentos, favoráveis ou desfavoráveis, adotados pelos tribunais no que tange à situação do nascituro. Determinando como tem sido o posicionamento dos tribunais a respeito dos casos que envolvem os direitos do nascituro e posteriormente analisar-se-á o caso específico conhecido como caso Kátia Lenerneir.

É importante ressaltar que, em determinados casos não é possível ter o acesso ao inteiro teor das decisões, por se tratarem de segredo de justiça. Sendo, portanto, apresentadas meramente suas ementas.

3.1 JURISPRUCÊNCIAS FAVORÁVEIS À TUTELA SUCESSÓRIA DO EMBRIÃO DECORRENTE DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO POST MORTEM

Um dos casos mais recentes, conhecidos e divulgados pela mídia brasileira, ocorreu em 2012 e consiste no caso em que a cantora Wanessa Camargo, seu marido Marcus Buaiz e o filho do casal, a época nascituro, ajuizaram uma ação de danos morais na 18ª Vara Cível de São Paulo contra o humorista Rafinha Bastos, em virtude de certas declarações feitas pelo mesmo, no programa CQC. Os autores tiveram como argumentos as alegações de que o humorista havia violado seus direitos a honra e a imagem ao comentar em rede nacional que

“comeria” a cantora, na época gestante, e seu filho depois de um colega de trabalho afirmar que a mesma estaria “uma gracinha grávida”.¹²⁰

A ação foi ainda mais discutida ao analisar se o nascituro poderia estar incluído no pólo passivo da ação, tendo, consequentemente, direitos de reivindicar por danos morais em seu nome, ou se não poderia nem ao menos estar presente no pólo passivo da mesma.

Para solucionar e findar as discussões o juiz de direito Luiz Beethoven Giffoni Ferreira, julgou procedente a ação e condenou Rafinha Bastos a indenizar em dez salários mínimos cada um dos autores da ação. Para o juiz a frase em questão insultou de maneira vulgar a moral da família e de forma clara e evidente atingiu o nascituro.¹²¹

No que tange a discussão a cerca da capacidade de ser parte do nascituro o M.M Juiz determinou em matéria preliminar que não haveria dúvida alguma quanto ao fato de o nascituro ser o titular do direito à honra e à imagem. Sendo que a esfera moral do nascituro seria viável para sofrer vulneração, uma vez que já é uma pessoa. E cita ainda Carvalho Santos como seguidor e portador de ideias semelhantes ao direito do nascituro.

“DA MATÉRIA PRELIMINAR

Deveras, é hialina a inópia da articulação; pesar do entendimento em contrário da MMA. Juíza que atuou no feito criminal relativamente aos mesmos fatos, **dúvida alguma sobrepaira no sentido de que o nascituro é mesmo titular do direito à honra e à imagem**, convidado o Juízo do acatamento das máximas apostas no precedente brandido a fls. 128, na fala Ministerial, precedente esse do magnífico SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Notar ainda o outro precedente, trazido com a peça de testilha, que pesar de sua ancianidade é de notória aplicação, e proferido empós da última Constituição Federal; notar que, ao contrário do que entende a estrênuo Causídica a fls. 71 e seguintes, o V. Aresto deu doutrina que é de ser mesmo acatada: **“a figura da pessoa surgida com a concepção embrionária antecede a personalidade civil”** – na feliz síntese de fls. 114. De aí que, para finalizar este tópico, **a esfera moral do nascituro poderá evidentemente sofrer**

¹²⁰ Caso wanessa camargo: justiça condenaa rafinhabastos por danos morais Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI148238,31047-Caso+Wanessa+Camargo+Justica+condena+Rafinha+Bastos+por+danos+morais>> Acesso em:03 mar. 2014

¹²¹ Caso wanessa camargo: justiça condenaa rafinhabastos por danos morais Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI148238,31047-Caso+Wanessa+Camargo+Justica+condena+Rafinha+Bastos+por+danos+morais>> Acesso em: 03 mar. 2014

vulneração, pelo simples fato de que já é PESSOA para os fins preconizados na Lei – e não depara o Juízo outro entendimento que não esse, que mais se coaduna com o espírito do Código Civil; bem por isso o sumo CARVALHO SANTOS, na sua monumental obra, professava: O CERTO, PORÉM, É QUE O NASCITURO É TIDO COMO JÁ EXISTINDO DE ACORDO COM A DOUTRINA DO CÓDIGO, TODAS AS VEZES QUE SE TRATA DE AMPARAR SEUS INTERESSES(pág. 247. Tomo I, Freitas Bastos, 1984). Afastada, fica, pois, a preliminar.” (grifo nosso)

O juiz do caso em questão se posicionou no sentido de que os nascituros devem ser considerados como pessoas, possuidoras de direitos e igualmente merecedores daqueles já nascidos. Podendo por exemplo serem dignos de usufruírem e fazer uso de seu direito sucessório, como analogia ao tema principal tratado.

Ao analisar o caso, pode se verificar que o nascituro deve ter seu direito de personalidade preservado mesmo que ainda não tenha nascido. Nestes termos o embrião concebido por meio de uma fertilização in vitro post mortem deve, da mesma maneira, ter garantido todos os direitos de que uma criança já nascida teria, inclusive o direito a sucessão do seu genitor já falecido.

O caso narrado acima não é uma situação inédita. Além do mais, tem sido cada vez mais recorrente a visualização de ações em que há a atribuição de direitos e proteções ao nascituro como o direito à vida, integridade física e a alimentos. Sendo totalmente viável e necessário que o mesmo tratamento seja garantido quanto ao seu direito sucessório. É o que pode ser percebido ao analisar as jurisprudências a seguir:

HABEAS CORPUS - AÇÃO PROPOSTA PELA GENITORA DO NASCITURO FUNDAMENTANDO-SE NO DIREITO CONFERIDO E ELE DE NASCER DIGNAMENTE - ATENDIMENTO PRÉ E PÓS - NATAL - NASCIMENTO EM LOCAL ADEQUADO COM A DEVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA. ORDEM CONCEDIDA. À luz do artigo 2º do Código Civil, temos que a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida. Entretanto, expressamente dispõe o artigo que desde a concepção, os direitos do nascituro são postos a salvo. Dessa forma, resta claro que, havendo qualquer dano ou ameaça de dano ao seu bem-estar físico ou psíquico, ao nascituro cabe proteção. **No presente caso justa se faz a concessão da ordem para garantir o direito do paciente ao nascimento com vida e em condições dignas e saudáveis, com observância no princípio da dignidade da pessoa humana.** ORDEM CONCEDIDA para garantir

um tratamento pré e pós-natal eficiente e imediato, bem como um parto digno à gestante, em local adequado e salubre. (TJES, Classe: Habeas Corpus, 100070002991, Relator : ADALTO DIAS TRISTÃO, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL , Data de Julgamento: 28/03/2007, Data da Publicação no Diário: 09/05/2007). (grifo nosso)

Ou ainda, na jurisprudência a seguir:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. **V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE.** A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da

CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. (STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134) (grifo nosso)

Em todas as jurisprudências citadas encontram-se casos em que o objetivo principal seria a preservação, o zelo e a atenção com a personalidade do nascituro. Inicialmente verifica-se a presença do princípio da solidariedade familiar, onde a genitora preocupa-se com a assistência e o amparo necessário para o acompanhamento e o desenvolvimento preciso do nascituro. O que de fato também pode ser verificado quanto à preocupação da genitora em garantir que o seu filho fruto de uma fertilização in vitro post mortem tenha preservados seus direitos sucessórios após a morte do seu genitor.¹²²

Além do princípio a cima explicitado, também encontram-se outros princípios como o da liberdade e da paternidade responsável onde se verifica a garantia dada às pessoas para escolher a forma com que irão constituir e

¹²² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Parte Geral*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 87-92

administrar a sua própria entidade familiar. Bem como a responsabilidade que os próprios genitores devem ter para com os filhos, garantido-lhe uma vida melhor e mais digna.¹²³

Outro princípio que também pode ser verificado acima e explicado com veemência por Kant é o princípio da dignidade da pessoa humana, onde como já apresentado em capítulos anteriores, não permite que o homem seja simplesmente substituído como se coisa fosse. Sua dignidade deve ser preservada e íntegra, diante da própria incapacidade de imputar-lhe um valor. Dessa maneira e também baseando-se no princípio da igualdade entre os filhos os embriões concebidos por fertilização in vitro post mortem também devem ter sua dignidade e seus direitos preservados como os nascituros frutos de outras técnicas de reprodução.¹²⁴

Um caso brasileiro, já citado anteriormente em outro capítulo, que apresenta grande relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, em virtude de tratar-se do primeiro caso de fertilização in vitro post mortem brasileiro, ocorreu com Kátia Lenernier e seu marido Roberto Jefferson Niels. Eram casados há cinco anos e ao longo de todo esse tempo planejavam e desejavam ardentemente ter filhos. Foi então que em janeiro 2009 Roberto foi surpreendido pela notícia de que estava com câncer e após indicações médicas decidiu congelar seu sêmen antes mesmo de iniciar o tratamento de quimioterapia, que como consequência poderia deixá-lo infértil.

Em julho do mesmo ano o casal deu início ao tratamento de reprodução assistida, entretanto foram novamente surpreendidos por um novo diagnóstico cancerígeno, só que dessa vez a doença havia se espalhado para os ossos. Foram sete meses de luta e esperança, mas Roberto não resistiu e veio a óbito.

Decorrido algum tempo Kátia Lenernier, procurou dar continuidade ao sonho do casal de ter filhos e decidiu fazer uma inseminação artificial com o material genético congelado de seu marido. Todavia, ao procurar o laboratório onde estava depositado o material genético, Kátia foi surpreendida com o posicionamento da clínica de que não poderia utilizá-lo porque não havia um consentimento prévio do marido autorizando o uso após sua morte.

¹²³ TESTART, Jacques. *A fertilização artificial*. São Paulo: Editora Ática. 1998.p. 4

¹²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 95-99.

Contrariada com a decisão do laboratório, e movida pela vontade de realizar o sonho do casal em constituir uma família, Kátia buscou o amparo da justiça para engravidar utilizando-se do sêmen congelado de seu marido.

Foi então que a 13ª Vara Cível de Curitiba concedeu por meio de liminar que Kátia Lenernier pudesse realizar o procedimento de inseminação artificial com o sêmen congelado de seu marido. Dando origem a primeira criança brasileira gerada por fertilização in vitro post mortem, chamada Luíza Roberta.

Destaca-se na liminar do caso em questão a preocupação do juiz ao esclarecer que diante à lacuna da lei visa-se apenas fazer acontecer a vontade do falecido, verifica-se:

(LIMINAR AUTOS DO PROCESSO nº 27862/2010) Constituindo a vontade do pai o elemento- chave a amparar a pretensão, não se pode senão entender estarem os sucessores do doador falecido autorizados a dispor do material genético, coletado como garantia do propósito frustrado pelos tratamentos químico e radioterápico e pela morte prematura, nunca esperada em razão da célere evolução da enfermidade que acometeu o esposo da autora, que esses tratamentos não puderam evitar. Em outros termos, podem os sucessores, ante o contido nos arts. 1.829, II, 1.836, 1.837 e 1.845, do Código Civil, pretender autorizar a utilização do esperma congelado, desde que para concretizar a vontade de Roberto Jeffersson Niels, sendo essa pretensão exercitável isoladamente pela autora, segundo os arts. 1.791, parágrafo único, e 1.314, *caput*, do mesmo Código.

O caráter personalíssimo do direito ao próprio corpo e, pois, ao próprio material genético, parece não impedir que se aborde o tema na óptica do direito sucessório. A doutrina já reconhecia a disponibilidade de partes destacadas do próprio corpo quando destinadas a fins altruísticos ou científicos, estando a matéria hoje regulada expressamente no art. 14 do Código Civil vigente, que ressalva a intransmissibilidade dos direitos da personalidade prescrita pelo artigo 11 do mesmo Código. O disposto no artigo 199, par.4º, da Constituição Federal não repele essa idéia, por não dirigir-se ao tratamento de situações como a de que continuam estes autos, mesmo por estar a doação de esperma excluída da

disciplina e das limitações impostas pela regulamentação da norma constitucional (Lei nº 9.434/97, art. 1º, parágrafo único) e, ainda sim, por não parecer afrontá-la a pretensão ora analisada.

Importante também esclarecer que essa abordagem não pretende tratar o espermatozoide coletado como herança deixada pelo *de cujus*. Prefere-se entrever, no fundamento da matéria sob o aspecto sucessório, simplesmente a busca de algum regramento, diante da lacuna da lei, para a transmissão de um aceitável direito de levar a cabo a vontade do falecido, sem que se deixe de reconhecer à autora o exercício de um direito próprio, mais fonte do que o direito de “fazer cumprir”, eventualmente transferido por sucessão.

Este é o grande propósito em questão, conseguir fazer com que as pessoas tenham direitos de exercer os seus direitos e a vontade do *de cujus*. Que tenham a capacidade de preservar os direitos de constituir família, garantir-lhes dignidade, liberdade de escolha e de planejamento familiar. Além do mais, independente da forma com que a criança tenha sido concebida, ela deve possuir os mesmos direitos e garantias dos demais indivíduos.

3.2 JURISPRUDÊNCIAS DESFAVORÁVEIS À TUTELA SUCESSÓRIA DO EMBRIÃO DECORRENTE DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO POST MORTEM

Após a análise de casos e julgados que tiveram suas decisões proferidas dando reconhecimento à personalidade jurídica do nascituro será feita agora uma demonstração de alguns julgados contrários que tiveram suas decisões desfavoráveis.

Inicialmente temos uma apelação proposta por Joelma Cassemiro Xavier e Marcelo Marcolino de Souza perante a 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo contra uma sentença que determinou pela improcedência do pedido inicial feita pelos mesmos.

A questão se inicia devido à ação de cobrança de capital dos interessados junto à Companhia Excelsior de Seguros onde requeriam uma indenização pelo fato de Joelma, ainda gestante, ter sido atropelada por um veículo, perdendo seu filho. A ação foi julgada improcedente, razão pela qual faz jus a presente apelação.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível. SEGURO OBRIGATÓRIO DE VEÍCULO (DPVAT) - AÇÃO DE COBRANÇA - O direito de pretensão dos autores, genitores de natimorto vítima de acidente de veículo, não está prescrito — **A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida. Natimorto não adquire nem transfere direitos.** A proteção que o Código confere ao nascituro alcançará o natimorto, no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura (Jornada I do STJ, enunciado nº 1) - Recurso não provido. Apelação Cível nº 9168597- 61.2009.8.26.0000, Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado. Apelantes: Joelma Cassemiro Xavier e Marcelo Marcolino de Souza. Apelado: Companhia Excelsior de Seguros. Relator: Antônio Benedito Ribeiro Pinto. São Paulo, 24 de fevereiro de 2011.)

Entretanto, o Tribunal de São Paulo, determinou o seu não provimento, por acreditar que a personalidade só começa com o nascimento com vida, segundo o entendimento adotado pela teoria natalista, teoria essa adotada pelo próprio Código Civil. Seguindo essa mesma linha de raciocínio defendeu o Ministro relator que como não houve o nascimento com vida, o natimorto não se tornou sujeito digno de direitos e portanto não pode ser sujeito à indenização em questão.

Após todas as análises feitas torna-se simples concluir que o julgado em questão traz uma decisão equivocada ao negar o pedido de indenização em decorrência da morte do nascituro. Pois apesar do mesmo ainda não ter nascido, ele já é detentor de direitos e proteções à vida, à integridade física, independente do evento nascimento com vida.

Nesse mesmo sentido, temos outra apelação interposta pelos membros do Ministério Público do Estado de Minas Gerais perante a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Inicialmente, Cleonice Santos Barbosa entrou com um Alvará Judicial requerendo que houvesse uma autorização para ser feito o registro de óbito de seu filho, uma vez que o prazo para a realização do registro havia transcorrido, devido uma negligência do hospital onde ocorreu o parto. Tendo sido a ação julgada procedente o Ministério Público entrou com o presente recurso, tendo como argumentos o fato de que o registro poderia ser permitido, mas que não caberia a Cleonice escolher um nome para dar ao seu filho natimorto.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível. REGISTRO PÚBLICO - NASCITURO - NOME DIREITO DA PERSONALIDADE - NASCIMENTO COM VIDA - CONDIÇÃO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO - TEORIA NATALISTA - ART. 2º DO CCB. **O nascimento com vida é fato que constitui condição para a concretização dos direitos da personalidade. Assim como se resguarda ao nascituro o direito à herança, o qual somente se consolidará se ocorrer o nascimento com vida, a concretização do direito ao nome também exige a implementação dessa condição. É dizer, se o feto não nasce com vida, ele perde os direitos que a lei lhe vinha protegendo.** Apelação Cível nº 1.0079.07.358013-0/001, Sétima Câmara Cível, Comarca de Contagem. Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora: Heloisa Combat. Belo Horizonte, 07 de outubro de 2008.) (grifo nosso)

O Tribunal de Minas Gerais não deu provimento à apelação já que acredita nos ideais trazidos pela teoria natalista. O Ministro Relator defende que o nascimento com vida é uma condição para que haja a concretização dos direitos da personalidade. Dessa mesma maneira, acredita que o direito ao nome exige a mesma implementação resguardada ao nascituro no direito à herança, que somente será consolidada se houver o nascimento com vida. Logo, dizer que um feto não nasceu com vida, ele perde todos os direitos que a lei lhe protegia.

Ocorre, que da mesma forma que o julgado anterior, este apenas concede direitos ao nascituro se houver o condicionamento ao nascimento com vida. Ao contrário do que se defende nos capítulos anteriores pois o nascituro é titular de todos os direitos de personalidade decorrentes da qualidade de pessoa. Dessa maneira, se o direito ao nome é um direito de personalidade, o nascituro faz jus a ele.¹²⁵

Logo, todos estes julgados apresentados, apesar de não versarem sobre o direito sucessório do embrião fertilizado in vitro post mortem, possuem argumentos desfavoráveis a hipótese defendida e contida ao longo dos demais capítulos. Este é o posicionamento adotado por doutrinadores como Guilherme Calmon Nogueira da Gama, onde há afirmação de que a este tipo de embrião fecundado post mortem

¹²⁵ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo. Editora Saraiva 2000. p. 292.

paterna deverá ser assegurada o reconhecimento à paternidade, porém deve ser inadmissível conceder direitos sucessórios.¹²⁶

Entretanto, ao contrário do doutrinador a cima e das ideias trazidas pelos capítulos já apresentados existem doutrinadores como Cahali e Hironaka que apóiam o posicionamento defendido por acreditarem que a partir do momento em que a viúva tem a possibilidade de gerar uma criança por meio de uma reprodução assistida post mortem, esse filho deverá ter garantidos todos os direitos reservados aos filhos reproduzidos por técnicas naturais.¹²⁷

Por tanto, após a análise dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais ratifica-se a necessidade de uma regulamentação específica a cerca do tema, pois apenas uma legislação correta seria capaz de sanar com as divergências de posicionamentos e determinaria como se aplicaria o direito ao caso concreto.

¹²⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro; Renovar. 2003. p. 1000.

¹²⁷ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Curso avançado de direito civil: direito das sucessões. São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2003. p. 357.

CONCLUSÃO

Na presente monografia foi realizado um estudo sobre o direito sucessório e a reprodução assistida. Procurou-se defender a possibilidade de tal direito ser aplicado e garantido também ao nascituro fruto de uma fertilização in vitro post mortem.

Para comprovar tal tese, foi feita uma análise de diversos aspectos que podem envolver o nascituro. Tais como os direitos fundamentais, as legislações que podem ser aplicadas e garantidas a eles e também as teorias sobre a personalidade jurídica. Visando com isso, concluir que o nascituro também pode ser beneficiário do direito sucessório quando fruto de uma fertilização in vitro post mortem.

Na primeira parte do presente trabalho foram demonstrados os conceitos gerais relacionados à Reprodução Humana Assistida e à filiação, bem como seus termos técnicos e seus significados. O estudo de tais conceitos permitiu justificar os problemas bioéticos surgidos a partir da realização de tais procedimentos e ainda perceber a importância que o tema tem perante o crescimento da utilização do método.

Após a realização de várias pesquisas doutrinárias observou-se que a todos os seres humanos, sem distinção, devem ser assegurados direitos como à vida, ao desenvolvimento digno, à assistência social, à saúde e à sucessão. E com tais direitos surgem princípios que também devem ser protegidos, como a dignidade da pessoa humana, à igualdade, à igualdade entre os filhos, liberdade, paternidade responsável. Sendo assim, não caberia à legislação brasileira o papel de discriminar e pormenorizar um nascituro, simplesmente, pelo fato do mesmo ter sido reproduzido artificialmente e após a morte de seu genitor.

Também foi feita uma análise de dispositivos constitucionais que se relacionam com o tema. Nesse sentido, constatou-se que diversos dispositivos da Constituição Federal corroboram com a tese. Bons exemplos disso podem ser percebidos ao avaliar seu artigo 227 §§ 6º e 7º. Pois o primeiro deles trata sobre a igualdade que deve haver entre todos os filhos, portanto se um filho pode ter direito a sucessão, não teria porque vedar este mesmo direito ao outro filho apenas pelo fato deste ser fruto da fertilização in vitro post mortem. Já o segundo dispositivo, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade

responsável retrata a cerca da liberdade garantida a um casal para que possa ter o seu próprio planejamento familiar. Ou seja, se é do desejo mútuo do casal que estes procriem, mas se em vida não foi possível realizar tal desejo, inconstitucional seria impedir que fosse realizada uma fertilização in vitro post mortem do genitor interessado.

Entretanto, tais dispositivos não são capazes de dirimir todas as questões que envolvem e permeiam o tema em questão. O que demonstra com clareza a incompletude perante o ordenamento jurídico brasileiro e a necessidade eminente de uma lei que viabilize e determine as regras para que seja realizada esta técnica. Isso por que o Direito exige por parte do legislador uma consciência exata do seu papel, não aceitando omissões jurídicas que acarretem incertezas e insegurança à sociedade.

Portanto, diante de todos os argumentos apresentados e desenvolvidos neste trabalho de monografia, se fez mister o reconhecimento da possibilidade e necessidade jurídica das garantias sucessórias para um embrião fruto de uma fertilização in vitro post mortem por ser uma hipótese válida e compartilhada na lei, na doutrina e na jurisprudência, embora em alguns casos seja de forma correlata. Tendo em vista, que esta seria uma forma de garantir os direitos fundamentais e necessários para o nascituro fertilizado post mortem assim como é garantido aos demais indivíduos reproduzidos através de outras técnicas reprodutivas.

REFERÊNCIAS

- ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3127>> Acesso em: 30 out 2013.
- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo. Editora Saraiva 2000
- BARBOSA, Heloisa Helena. *A filiação em face em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. 1993.
- BARBOSA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira(coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10 ed, 1999.
- BRASIL. *Código Civil*. 12 ed. São Paulo. Riddel. 2012
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. *LEI 9.263/96*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm> Acesso em: 04 set 2013
- BRASIL. *Lei de Introdução ao Direito Brasileiro* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 17 out 2013
- BRASIL.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Falta de normas sobre reprodução assistida levou a crimes como os de Roger Abdelmassih*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/433724-FALTA-DE-NORMAS-SOBRE-REPRODUCAO-ASSISTIDA-LEVOU-A-CRIMES-COMO-OS-DE-ROGER-ABDELMASSIH.html>> Acesso em: 01 out. 2013
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- Cf. BARBOSA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 2013/13, de 09 de maio de 2013*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em: 30 out. 2013

COSTA, Wellington Soares da. *A incompletude do ordenamento jurídico*. Disponível em: <<http://www.urutagua.uem.br/03costa.htm>> Acesso em: 01 out. 2013

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>> Acesso em: 04 set 2013

DELFIM, Marcio Rodrigo. *As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem*. São Paulo: Revista do Direito Privado. v.9, n 34 abr./ jun. 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

Dicionário do Aurélio. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/Nascituro.html>> Acesso em: 30 out 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil* – 22. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005, v.1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva.v.6. 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992

FERNANDES, Silvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão De Barros Correia. *Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família*. Curitiba: Juruá Editora. 2011.

FIGUEREDO, Roberto e FIGUEREDO, Luciano. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/CIVIL%20-OAB%20-SITE.pdf>> Acesso em: 17 out 2012

FONSECA, Joaquim de Paula Barreto. Aspectos médico- legais da inseminação artificial. In: NAKAMURA, Milton. *Inseminação Artificial Humana*. São Paulo: ROCA. 1984.

FRAIETTA, Renato. *Reprodução humana*. Disponível em:

<<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/nascidos-por-reproducao-assistida-chegam-a-5-milhoes>>. Acesso em: 09 set 2012

FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>>. Acesso em 18 set 2013

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A Reprodução Assistida Heteróloga sob a ótica do Novo Código Civil*. Porto Alegre. Revista Brasileira de Direito de Família, v.5, n 19. Ago./set., 2003

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar .2003.

GOMES, José Roberto. *Reprodução Humana Assistida e Filiação na perspectiva dos Direitos de Personalidade*. São Paulo: Revista do Direito Privado. v. 6, n 2, Abr./ jun. 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. VI.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. VII

JOTA, Rossini Lopes. Fertilização Assistida: Considerações a respeito da inseminação artificial com sêmen do marido ou companheiro, na viúva ou companheira, após a morte do depositante. Consequências jurídicas. São Paulo: *Revista do Direito Privado*. v. 2, n 7, jul./ set 2001.

JUNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. Alimentos Gravídicos .In: *Revista dos Tribunais*.v.98, n. 882. Abr. 2009.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução Humana e Filiação Civil: Princípios éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2006

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Parte Geral*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2010,

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de direito civil*. 2 ed. São Paulo: Método, 2009,

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Novos temas de biodireito e bioética: Os embriões humanos mantidos em laboratório*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003,

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família.nº25. Santa Catarina: *Revista da ESMESC*.2012

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil Lei n 10.406, de 10.01.2002*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANTOS, Natália Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Teles. *Os reflexos jurídicos de reprodução humana assistida heteróloga e post mortem*. Disponível em: <<http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/lydia/pdf/reflexos.pdf>> Acesso em: 11 set. 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006,

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos de Personalidade*. São Paulo: Themis. 2000

SILVA, Elizandra Mara. *A filiação em face da reprodução humana assistida*. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/2-1247232309.PDF>> Acesso em: 11 set 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. Disponível em: <<http://introducaoadireito.info/wp/d/?p=364>> Acesso em: 07 out 2013

TESTART, Jacques. *A fertilização artificial*. São Paulo: Editora Ática. 1998

VARGAS, Aline de Castro Brandão. *Embrião criopreservado implantado post mortem tem direito sucessório?* Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/embri%C3%A3o-criopreservado-implantado-post-mortem-tem-direito-sucess%C3%B3rio>> Acesso em: 18 set 2012

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas.v.7. 2007.

WALD, Arnold. *Direito Civil: Direito de Família*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.5.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Sobre a repercussão geral e os recursos especiais repetitivos, e seus reflexos nos processos coletivos. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT- 882- ABRIL DE 2009- 98 ANO

WANDERLEY, Adriana Artemizia de Souza. *O Status de Filho Concebido Post Mortem Perante o Direito Sucessório Na Legislação Vigente*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6441> Acesso em: 08 out 2013.

ANEXOS

Anexo A- Liminar do Processo nº 27862/2010

Autos nº 27862/2010

I.

Kátia Adriana Lenerneir pretende compelir a Androlab – Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia a submetê-la a procedimento de inseminação artificial com o sêmen congelado de seu falecido marido Roberto Jeffersson Niels. Argumenta-se que era a vontade do esposo e que tem a autorização de família do falecido para concretizá-la, ao que se opõe o Androlab não consta disposição a respeito da destinação do material após seu óbito. Invoca fundamentos de fato e de direito em prol de sua pretensão e, afirmando o *periculum in mora*, pede antecipação de tutela.

II.

Registro, inicialmente, que não se podem confundir o sêmen e a vida com ele eventualmente gerada. A decisão não terá por objeto senão exclusivamente o material orgânico confiado à guarda do laboratório. E não se trata de amesquinhar a importância da questão trazida à apreciação deste juízo – hoje inusitada, mas que certamente será corriqueira com o evoluir da ciência médica e das técnicas de fertilização artificial. Pretende-se simplesmente repelir a idéia de que venha este juízo a decidir sobre a vida.

Quanto à pretensão em si, penso que não deva impedi-la a preocupação com a paternidade. A preocupação não seria maior do que a inspirada pelos casos de inseminação artificial feita com o sêmen de doador anônimo, eventualmente identificado, estando o caso em questão, em princípio, albergado pelo Direito, a partir da interpretação do art. 1.597, inciso III, do Código Civil vigente, que trata de presunção de paternidade nos casos de fecundação artificial homóloga (gametas provenientes dos pais da criança a ser gerada).

O dispositivo não restringe a presunção somente à hipótese de concepção na constância do casamento (inseminação/ fecundação antes do cônjuge), admitindo que também se presuma a paternidade no caso de concepção fora da constância do casamento. A redação dada pelo legislador parece pretender justamente regular casos como o presente, notadamente quando inequívoca a

vontade do pai, apta a sustentar a presunção nos casos de fecundação heteróloga (um ou outro dos gametas, ou ambos, provenientes de terceiros, distintos dos pais), como prescreve o inciso V.

Já se sustentou que “para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte (Enunciado nº 106 aprovado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>). Não parece, porém que essa manifestação de vontade deva ser necessariamente escrita; deve ser, sim, inequívoca e manifestada em vida, mas sendo também admissível a vontade não expressada literalmente, mas indiscutível a partir da conduta do doador – como a do marido que preserva seu sêmen antes de submeter-se a tratamento de doença grave, que possa levá-lo à esterilidade, e incentiva a esposa a prosseguir no tratamento.

Aliás, também se entendeu que, “no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa da paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento” (Enunciado nº 104 aprovado por ocasião dos mesmos estudos). Se a vontade implícita do pai é admissível nos casos de inseminação artificial heteróloga, com muito maior razão haverá de ser admitida para a inseminação homóloga, se inequívoca.

Constituindo a vontade do pai o elemento- chave a amparar a pretensão, não se pode senão entender estarem os sucessores do doador falecido autorizados a dispor do material genético, coletado como garantia do propósito frustrado pelos tratamentos químico e radioterápico e pela morte prematura, nunca esperada em razão da célere evolução da enfermidade que acometeu o esposo da autora, que esses tratamentos não puderam evitar. Em outros termos, podem os sucessores, ante o contido nos arts. 1.829, II, 1.836, 1837 e 1845, do Código Civil, pretender autorizar a utilização do esperma congelado, desde que para concretizar

a vontade de Roberto Jeffersson Niels, sendo essa pretensão exercitável isoladamente pela autora, segundo os arts. 1791, parágrafo único, e 1.314, *caput*, do mesmo Código.

O caráter personalíssimo do direito ao próprio corpo e, pois, ao próprio material genético, parece não impedir que se aborde o tema na óptica do direito sucessório. A doutrina já reconhecia a disponibilidade de partes destacadas do próprio corpo quando destinadas a fins altruísticos ou científicos, estando a matéria hoje regulada expressamente no art. 14 do Código Civil vigente, que ressalva a intransmissibilidade dos direitos da personalidade prescrita pelo artigo 11 do mesmo Código. O disposto no artigo 199, par.4º, da Constituição Federal não repele essa idéia, por não dirigir-se ao tratamento de situações como a de que continuam estes autos, mesmo por estar a doação de esperma excluída da disciplina e das limitações impostas pela regulamentação da norma constitucional (Lei nº 9.434/97, art. 1º, parágrafo único) e, ainda sim, por não parecer afrontá-la a pretensão hora analisada.

Importante também esclarecer que essa abordagem não pretende tratar o esperma coletado como herança deixada pelo *de cuius*. Prefere-se entrever, no fundamento da matéria sob o aspecto sucessório, simplesmente a busca de algum regramento, diante da lacuna da lei, para a transmissão de um aceitável direito de levar a cabo a vontade do falecido, sem que se deixe de reconhecer à autora o exercício de um direito próprio, mais fonte do que o direito de “fazer cumprir”, eventualmente transferido por sucessão.

Realmente, Carlos Alberto Bittar, tratando do direito à disposição sobre o próprio corpo, o fazendo referência ao Código de 1916, considera-a “essencial para a consecução dos fins do matrimônio(Código Civil, arts. 229 e 231), definido exatamente como comunhão espiritual e material entre os cônjuges para a realização dos objetivos pessoais de cada um dos filhos e para a perpetuação da espécie. Daí tem os cônjuges direitos e deveres recíprocos quanto aos respectivos corpos” (Os direitos de personalidade. 4. ed. rev. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 80).

A autora, portanto, além da provável legitimação, como sucessora, para realizar a vontade do marido, parece ter também o direito de concretizar os planos feitos com ele, utilizando-se dos meios que deixou, notadamente porque, segundo prescrevem os §§5º e 7º do art. 226 da Constituição federal, o planejamento familiar

é de livre decisão do casal, sendo os direitos referentes à sociedade conjugal “exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Normas que, não por redundância, mas por sua importância, estão reafirmadas no art. 1565 do Código Civil vigente e no art. 2º da Lei nº 9.263/96.

Eis o *fomus boni iuris*, a verossimilhança do direito invocado na petição inicial, que se respalda nos documentos de fls. 48/52, quanto à finalidade do material coletado, quanto à vontade do esposo e quanto à anuência dos familiares à concretização do plano trçado em vida pela autora e por seu marido.

Quanto ao *periculum in mora*, deve ser aceito como indicativo da urgência do provimento jurisdicional o relatório médico de fl. 54, segundo o qual haverá, com o passar dos meses, diminuição da perspectiva de sucessos no procedimento de fertilização pelo envelhecimento ovular e pela deterioração das condições necessárias à gravidez segura. No dizer do Dr. Edison Luiz Almeida Tizzot, “somando-se às tentativas anteriores frustradas de gravidez, o sucesso em sua obtenção, assim como à possibilidade de evolução segura da gravidez e de bom prognóstico fetal, são hoje inversamente proporcionais à demora”, a qual pode, de fato, trazer danos irreversíveis ao direito invocado pela autora.

Acresça-se que a possível irreversibilidade fática da liminar pretendida não deve obstar a sua concessão. O que o §2º do art. 273 pretende evitar é que a eventual irreversibilidade da lesão ao direito eventual do réu. No caso em questão não se entreve de que forma a irreversibilidade venha a afetar o laboratório, cujos interesses parecer já estar resguardados pela só postura responsável manifestada no documento de fl. 46, de exigir o suprimento judicial de omissões da lei ou do termo de fl. 38. O risco de irreversibilidade não obsta o provimento antecipatório se o indeferimento vier a tornar o direito do reivindicante inviável (STJ, AgRg no Ag 502.173/RJ, DJ 29.08.05, p.247)

III.

Sendo assim, defiro a antecipação de tutela e determino à Androlab – Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia que realize o procedimento de inseminação artificial em Kátia Adriana Lernerneier com o sêmen armazenado pertencente a seu marido Roberto Jeffersson Niels.

Cite-se o réu, com as advertências dos arts. 285 e 319 do CPC, para que ofereça contestação em 15 dias. Intimem-se.

Curitiba, 14 de maio de 2010.

Anexo B - Íntegra da decisão do Caso Wanessa Camargo e Rafinha Bastos

PROCESSO nº 11.201838-5.

Vistos.etc.

MARCUS BUAIZ e WANESSA GODOI CAMARGO BUAIZ, e ainda o NASCITURO DA GERAÇÃO DE AMBOS trazem **AÇÃO ORDINÁRIA** contra RAFAEL BASTOS HOCSMAN – conhecido por “Rafinha”, jornalista e integrante de grupo humorístico. Relata a exordial que a Lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro; ante isso qualquer injúria poderá ser alevantada por seus pais, e o R., que se vem esmerando em humor grosseiro – aos 09.09.2011 proferiu sórdida ofensa – descrita a fls. 07 e constante de cópia em disco juntado – nem se podendo cogitar de verdadeiro e saudável humorismo, injuriando os AA. Com a parlapatice de fornicar com a A. varoa, abrangendo, nesse intercurso, também o nascituro – cuidando-se de ofensa IN RE IPSA, e grave ainda conduta ulterior, debochando do ocorrido, inda que após de seu afastamento do programa televisivo. Foi ampliado o propósito injurioso, majorada a ofensa à honra da parte Autora, pelo que pretende procedência, condenado o R. no pagamento de indenização que restar fixada pelo Juízo, com acréscimos e sucumbência. J. os documentos de fls.

Citado o Reqdo., na resposta de fls. 66 revela da ilegitimidade ativa do nascituro para o pleito, detendo ele mera expectativa de direito, nem podendo sentir o alegado dano, presentes diferenças entre a criança já nascida e por nascer; nem fora sujeito de direito, excluído de feito criminal com tal fundamento. Aponta que o direito ao humor constitui dignidade constitucional, sob pena de incidir em censura, inserindo-se a matéria no verbete informação jornalística, incorporando posição de Ministro do S.T.F.; revela que o humor incomoda, decorrendo as expressões da atuação do R. como comediante, e como piada a assertiva não pode ser levada ao pé da letra, presente ANIMUS JOCANDI cf. decisão do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. O programa em questão detém a característica de irreverência, nem havendo ofensa, dano moral e dever de indenizar, havendo se desculpado com o casal, ausente o nexo de causalidade, e se houve algum mal apenasmente ao R. aconteceu, remetida correspondência eletrônica ao varão a título de desculpas, de rigor improcedência.

Réplica a fls. 113; manifestação Ministerial a fls. 126, e após dos ordinatórios de fls. 133 vº e 134, os autos tornaram conclusos.

Findo o relato, **DECIDO**.

Com efeito, a questão agora tornou-se meramente de Direito, desnecessária outras provas, estando então os autos aptos a padecer sentença no estado da lide; demais disso, no sentir da Corte Centenária de S. Paulo, “**o julgamento antecipado da lide deve acontecer quando evidenciada a desnecessidade de produção de provas**” (RJTJSP 197/149), além do que, na esteira de remansoso entendimento jurisprudencial, dirigindo-se as provas ao Juiz do feito, a ele cabe aferir, subjetivamente, dessa necessidade (2º TACIVSP – Apel. c/ Rev. nº 487.413 – 4ª Câmara – 1º TACIVSP – Apel. Nº 734.963, 1ª Câmara de Férias, j. aos 12.02.98). Ver ainda RT 750/304 e RJTJSP 203/125.

E precioso Aresto do V. Superior Tribunal de Justiça revela:

“Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder” (Ver STJ - 4ª Turma – DJU de 19.09.90 – pág. 9.513).

Alfim, a dilargação probatória se mostra ineficiente mesmo porque o Reqdo. não nega a autoria das expressões mencionadas pela inicial – e, alfim, ganharam as dimensões do fato notório, não dependendo, mais, da produção de provas e apreciação judicial das questões discutidas neste feito.

DOS EQUÍVOCOS DE FLS. 133 Vº E 134

Penitencia-se o Juízo dos equívocos ali perpetrados – e confia na generosidade dos fidalgos Patronos dos litigantes para sublimação do ocorrido, de ser creditado ao massacrante volume de serviço desta Vara Cível, que provocou a eiva, e superado com a prolatação desta.

DA MATÉRIA PRELIMINAR

Deveras, é hialina a inópia da articulação; pesar do entendimento em contrário da MMA. Juíza que atuou no feito criminal relativamente aos mesmos fatos, dúvida alguma sobrepaira no sentido de que o nascituro é mesmo titular do direito à honra e à imagem, convidado o Juízo do acatamento das máximas apostas no precedente brandido a fls. 128, na fala Ministerial, precedente esse do magnífico SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Notar ainda o outro precedente, trazido com a peça de testilha, que pesar de sua ancianidade é de notória aplicação, e proferido empós da última Constituição Federal; notar que, ao contrário do que entende a estrênuo Causídica a fls. 71 e seguintes, o V. Aresto deu doutrina que é de ser mesmo acatada: “a figura da pessoa surgida com a concepção embrionária antecede a personalidade civil” – na feliz síntese de fls. 114. De aí que, para finalizar este tópico, a esfera moral do nascituro poderá evidentemente sofrer vulneração, pelo simples fato de que já é PESSOA para os fins preconizados na Lei – e não depara o Juízo outro entendimento que não esse, que mais se coaduna com o espírito do Código Civil; bem por isso o sumo CARVALHO SANTOS, na sua monumental obra, professava:

O CERTO, PORÉM, É QUE O NASCITURO É TIDO COMO JÁ EXISTINDO DE ACORDO COM A DOUTRINA DO CÓDIGO, TODAS AS VEZES QUE SE TRATA DE AMPARAR SEUS INTERESSES(pág. 247. Tomo I, Freitas Bastos, 1984).

Afastada, fica, pois, a preliminar.

DE MERITIS

É condição de procedibilidade deste pedido a existência dos danos provocados pela conduta de outrem, conforme remansosa e iterativa jurisprudência, e unânime doutrina, que de tão [sic]

É admissível o pagamento de verba a título de dano moral, mesmo o nascituro, como se viu, também em face de calcinado entendimento doutrinário e

jurisprudencial, e mormente a partir da vigência da atual Constituição Federal. “Sua indenização é esteio para a oferta de conforto ao ofendido, que não tem a honra paga, mas sim uma resposta ao seu desalento”. (RJTJSP 142/104).

Veja-se a doutrina de MARIO MOACYR PORTO, “in” Temas de Responsabilidade Civil, Ed. RT, pág. 40:

A REPARABILIDADE DO DANO MORAL É HOJE MATÉRIA QUE PRATICAMENTE SE TRANQUILIZOU NO SENTIDO DE SUA ADMISSÃO.

EXÓRDIO

“Good name, in man and woman, dear my loard

Is the immediate jewel of their souls

Who steals my purse steals trash;

Tis something nothing

Twass nine, tis his, and have been slave, to thousands;

But he that filches from so my good name

Robe me of that wich not enriches him,

And make me poor indeed”

ou, em vernáculo,

“Que a boa fama, para o homem, senhor, como para a mulher

É a jóia de maior valor que se possui.

Quem furta a minha bolsa se desfalca de um pouco de dinheiro,

É alguma coisa e é nada. Assim como era tudo seu

Passa a ser de outro, após ter sido de mil outros.

Mas o que me subtrai o meu bom nome,

Defrauda-me de um bem que a ele não enriquece.

E a mim me torna totalmente pobre.

(Cuida-se o texto da advertência de IAGO a OTELO, na obra de Shakespeare. “O MOURO DE VENEZA”, ato III, cena 3, tradução de Osvaldo Pennafort Ed. Civilização Brasileira. 2ª Ed., pág. 100).

O PODER DA IMPRENSA

A ninguém é dado ignorar o tremendo potencial da imprensa, e isso em qualquer país do Mundo. Uma imprensa livre, mas com responsabilidade, é indispensável fator de progresso em qualquer Nação livre; há de se considerar, entretanto, que a informação, por estar inserida no campo do espírito, da livre manifestação do pensamento, que é um dos direitos mais preciosos do homem, conforme se vê no Art.11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Revolução Francesa, há mesmo que ser prestada de forma precisa e respeitando toda a restante gama de direitos e garantias fundamentais do cidadão, tais como o da intimidade, a liberdade de culto e crença, mas sobretudo a garantia acerca da honra e da imagem das pessoas. Em simples manchete de jornal, muita vez, com breves linhas, ceifam-se lustros e lustros de vida austera e honrada; num mero perpassar de expressões, mesmo que faladas, sem frases escritas, desnudam-se intimidades indevassáveis das famílias, trazendo-se a lume aspectos que jamais poderiam ser emergidos, tornando o ser humano pasto das mais indescritíveis curiosidades alheias. Note-se alfim a manifesta injustiça dessas atitudes; a imprensa torna-se a um só tempo instrutora, julgadora e executora da pena capital sobre a reputação das pessoas, sem lhes proporcionar o mais fundamental dos direitos, o de defesa; o cidadão é acusado, os fatos são distorcidos, passada uma falsa visão da realidade, e a condenação pelo mesmo ente acusador, no mais das vezes injusta, sobrevém inexorável.

ANTONIO DE OLIVEIRA SALAZAR, na sua juventude, foi jornalista; de sua autoria expressivo texto publicado em “Inéditos e Dispersos”, pag.66, Coimbra, 1909:

“Há imprensa que edifica e imprensa que destrói; há imprensa que educa e imprensa que perverte. Há imprensa que moraliza e há imprensa que bestializa; há imprensa que discute, e há imprensa que, em vez de discutir, insulta”.

DA DECISÃO

Fixados, de proêmio, esses comparativos, pelo exame da frase insultuosa atirada pelo R. contra os AA., e constante de fls. 07, ficou patenteado o insulto, a linguagem vulgar e a insultuosa, aniquilada em verdade a moral da família Autora com o gesto pretensamente humorístico do Reqdo., que na sua distorcida ótica acerca de gracejo atingiu até mesmo o nascituro; de todos os presentes que Deus proporcionou aos homens, nenhum é maior que uma criança - mas disso, lamentavelmente, nem se quer cuidou o irreverente Suplicado.

De aí que não depara o Juízo outro entendimento que não o do ilustrado subscritor da inicial - Advogado dos mais principais do País, que honra o Judiciário com sua atuação; as expressões de que se valeu o Reqdo. Foram mesmo **DE ESCABROSO TEMA** (fls.114), consistindo em **BRUTAL AFIRMAÇÃO TELEVISIVA** (idem, ibidem).

Bom por isso Venerando Aresto do Centenário Tribunal da Relação de S.Paulo mencionou que “é certo que a imprensa tem o dever-direito de informar, **o que não significa, porém, porte ela Alvará para denegrir a honra alheia**”; deve pois o Reqdo. responder pelos atos que praticara, em agindo com falta de cautela, ou se dolosamente, o que resulte da lei” (RJTJSP 210/108).

É hialina a equivocação da resposta, quando, a fls.73, procura entremostrear que a chula referência de nítido caráter de rasteira sexualidade - expressão que este

“decisum” não repetirá - constitui-se em atitude legítima, à luz da Carta Magna. Sarcasmo é uma coisa, humor é coisa diversa do que se vê a fls.07. E direito de expressão a criação artística não são grandezas aplicáveis às palavras de que se valeu o R. para fazer seu distorcido humor, na sua equivocada ótica. Humor é algo mui diferente da violenta expressão atirada contra os AA., que agride comezinhos Princípios de moral básica. Imagine-se a consternação de quem toma ciência de que humorista referiu-se a sua mulher e a seu filho, ainda no aconchego do ventre materno, da forma perpetrada pelo Suplicado - e aqui nunca jamais em tempo algum, se há de falar em violação à liberdade de imprensa, ou de censura, na tráfega posição da resposta. Muito ao revés, a pretensão ensina justamente o contrário disso: há liberdade de imprensa há que ser exercida com responsabilidade, atento o jornalista aos relevantes serviços que presta - imprescindíveis mesmo, mormente nos tempos que correm, quando a BOA IMPRENSA e os BONS JORNALISTAS têm se esmerado em denunciar desmandos e ilegalidades, com real proveito para a nacionalidade.

Fazer humor dessa forma, com grosserias de rasteira conotação sexual, não é difícil. O que impressiona e engrandece é o humor construtivo, elevado, com seus toques de ironia e sadia malícia, de quando em quando a perpassar para o espectador o acesso ao mundo da fantasia - mas sempre de forma a desprezar baixeiras; assim fazia o imortal MARK TWAIN, exemplo a ser seguido.

Falar acerca da varoa e do nascituro o que se vê dos autos (fls.07) significara essas altissonância moral, a construção da nacionalidade e o humor que é construtivo, que preconiza a exata liberdade de imprensa, que edifica e que diverte?

Não houve, assim, apenasmente ingênuo “tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente” (fls.75) – e em nenhum momento se haverá de falar em “vedação de humor” (fls.76) com a reprovação ético-jurídica que desde já se vislumbra na conduta do R., senão grave ataque à honra de família moralmente escoreita, atingindo o R., na sua visão equivocada de jocosidade, a sagrada figura do nascituro, em quem todas as sociedades do mundo colocam sua esperança e seu cuidado. Deslumbrou-se o irreverente Reqdo., na sua distorcida visão de humor, envolvendo até mesmo o inocente, que AS CRIANÇAS SÃO O SORRISO DE DEUS PARA OS HOMENS – incrível ainda que a resposta falou em comédia, sátira e humor – mas jamais se podendo aceitar que isso seja feito a custa da honra alheia – e, repita-se, o que é bem pior, a violentar a inocência do nascituro, ou a sacralidade da maternidade.

A resposta, demais disso, ainda incide em manifesta equivocação ao procurar entremostrear à fls. 77 da inexistência de “palavras sujas” – e sim da ocorrência de “apenas mentes sujas”.

Incrível, ROGATA VENIA, a defesa dessa tese, por parte da competente Letrada subscritora da resposta do Réu: dizer que é suja a mente de quem entendeu a expressão de fls. 07 no seu hialino e translúcido sentido, na baixeza da mais chã e rasteira sexualidade, é tese que não reverencia o Direito, e muito menos o reconhecido engenho e indústria da combativa Advogada – a transferir para o telespectador e imaginação da vulgaridade perpetrada e assertiva que não consulta ao reconhecido engenho da ilustrada subscritora da resposta – e se é

certo que “o humor incomoda”, o que vem expressado a fls. 07 não pode ser rotulado de humor – senão de grave ofensa aos amesquinçados por aquelas invectivas; a ingênua assertiva de que a chula observação levada a efeito pelo Réu não pode ser levada “ao pé da letra” é tese que também não navega em mar bonança, e tal posição não alça brados de triunfo. Se é certo que do jornalista, do comediante, do profissional de imprensa se não há de exigir a inerrância divina, não menos exato é que o mínimo de respeito ao próximo, o mínimo de educação e civilidade, e o mínimo ainda de consideração para com o público não se fez presente no comportamento do Réu; piadas são coisa útil e desejada – coadunando-se com o que se revela ser o “modo brasileiro de viver”, na exata expressão de um dos Presidentes da República do ciclo militar: mas, ofensas baixas, vis, chulas, atiradas a esmo contra pessoas honradas e o filho ainda no ventre materno não podem ser erigidas à condição de humor, de piada, de assertiva JOCANDI ANIMO, conforme arbitrou, equivocadamente, a resposta.

Venerando Acórdão da Corte Centenária de S.Paulo aponta que, na hipótese de publicação de **fatos verdadeiros**, não há falar-se em violação aos Arts. 5º da Constituição, 159 e 1.510 do Código Civil, e 14,26 e 57 da Lei 5.250/67; veja-se o precedente “in” RJTJSP 186/90. E a Lei de imprensa, a 5.250/67, AB-ROGADA, assentou no Art. 49:

“Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:

I – Os danos morais e materiais, nos casos previstos no Art. 16 II e IV, no Art. 10 e de calúnia, difamação ou injúria (...)”

Porém, “**não constitui abuso no exercício do direito de informação a reportagem jornalística que se limita a reproduzir fatos constantes de inquérito policial**” – conforme ensina o grande CEZAR PELUSO “in” RJTJSP 220/89.

E quando se cuida de matéria jornalística **verdadeira**, noticiada sem sensacionalismo, ocorre o exercício regular de um direito, não havendo falar-se em indenização (RJTJSP 203/90). O V. Aresto, da lavra do Des. MATTOS FARIA, aponta:

“O princípio constitucional da liberdade de imprensa deve ser exercitado com consciência e responsabilidade, em respeito à dignidade alheia, para que não resulte prejuízo à honra, à imagem e ao direito de intimidade da pessoa abrangida pela notícia”.

Expressivo Aresto do Admirável SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA cf. JSTJ LEX 66/125 aponta:

“A liberdade de imprensa precisa ser preservada, imperativo de ordem constitucional. As notícias podem ser veiculadas, o que decorre do direito de informar. O fato porém não se confunde, muitas vezes, com a versão do fato. O comunicador, por isso, assume o risco de não descrevê-lo com fidelidade, qualificando erroneamente o comportamento das pessoas. O comunicador, quando explicita juízos de valor, assume a responsabilidade de sua conduta. Pode dar

notícia de fatos ilícitos. Assume, porém, a responsabilidade de não descrevê-los com fidelidade”.

Ora, o R., que se intitula jornalista e humorista, olvidou-se na sua reprovável conduta, de que o cáustico jornalista americano do século XIX, FINLEY PETER DUNNE, diria que a função da imprensa fora a de

“confortar os aflitos e afligir os confortáveis” –

querendo com isso dizer que deveriam tais entes expor as agruras do homem comum e as trapaças dos poderosos.

Mas disceptou sua conduta do que preconizou o brilhante CARLOS ALBERTO DI FRANCO, quando, escrevendo em O ESTADO DE S. PAULO aos 25.01.2010 assentou:

“Um jornalista deve ser um homem livre, independente, um demolidor de tabus, um questionador do politicamente correto. É o nosso papel. É a nossa missão. É o que a sociedade espera de nós”.

Também disso não se afastou o Lusíada, na quadra 58 do Canto X da sua insuperável epopéia:

Quem	faz	injúria	vil	e	sem	razão
Com	forças	e	poder	em	que	está
Não	vence,	que	a	vitória	verdadeira	

é saber ter justiça nua e inteira”.

DO CASO DA REVISTA KROKODIL

Ainda nos tempos da chamada “cortina de ferro” – na feliz expressão de Winston Churchill, havia na Rússia soviética uma revista por nome KROKODIL – esmerada em críticas aos Entes governamentais; por incrível que possa parecer, essa publicação jamais foi mal vista pelo Governo, sempre tolerada mesmo naqueles dias, jamais perseguida. Desenvolvia refinado humor – sem jamais descer a ataques rasteiros ou linguagem chula, ainda que arbitrou a resposta a fls. 81 em sentido diverso dessa circunstância histórica, brande a Ré em seu prol o magnífico Arresto da brilhante MINISTRA NANCY ANDRIGHI, reputada a maior Juíza do País, que por sinal decidiu com o habitual brilhantismo importante feito Falencial fluente neste Juízo: porém aquele Aresto seu honradíssimo, invocado a fls. 81, se não aplica nesta hipótese. Aqui a ressonância desta sentença em nenhum momento está a restringir criação artística ou servir para desestímulo de humorista intelectuais. Humor intelectual é o que realizava a revista Krokodil: o humor profligado pela peça de testilha é, com alqueires de razão, o rasteiro e chulo – que, como diria JUVENAL INDE IRAE ET LACRYMAE. De aí que, uma vez mais se diga, nesta hipótese jamais se há de cogitar de censura, como ainda busca entremostrear a resposta.

Alfim, não gasta o juízo soma alguma de imaginação para asseverar do baixo nível das expressões atiradas contra a parte Autora. Nem se há de falar, também, em humor inteligente ou popular: demais disso,

“O QUE A LEI PUNE É O ABUSO, NÃO A CRÍTICA. UM NÃO SE CINFUNDE COM O OUTRO, UMA COISA É CRITICAR O HOMEM PÚBLICO, APONTANDO-LHE AS FALHAS E OS DEFEITOS NA ESFERA MORAL E ADMINISTRATIVA, OUTRA É VISAR INTENCIONALMENTE AO SEU DESPRESTÍGIO, COLOCÁ-LO EM RIDÍCULO, PÔR EM CHEQUE O PRINCÍPIO DA AUTORIDADE OU ARRASTAR O SEU NOME PARA O PANTANAL DA DIFAMAÇÃO, QUE NÃO ATINGE APENAS O INDIVÍDUO ATACADO, MAS TAMBÉM A SUA FAMÍLIA, O SEU LAR E ATÉ OS SEUS AMIGOS” (RT 738/662)

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no rumoroso episódio NEW YORK TIMES “versus” SULLIVAN, de 1960, quando o Chefe de Polícia de Birmingham, Alabama, acionou o prestigioso jornal por críticas à sua atuação pública no campo dos direitos civis, conforme narração de TORQUATO LORENA JARDIM “in” “Due Process of Law e a Proteção das Liberdades Individuais” na RDP nº 64, pág. 109, assentou:

“há profundo compromisso nacional para com o princípio de que debates de interesse público devem ser desinibidos, vigorosos e abertos, e que pode incluir ataques verbentes, cáusticos e por vezes desagradáveis contra o Governo e Servidores Públicos”.

Assim, não vinga a tese da resposta – em nenhum momento, e de equivocação evidente; pode o R. fazer o humor que quiser, contanto que não atinja, como realizou, a honra alheia, e de forma tão rasteira como realizado. Caberia a invocação ainda de SHAKESPEARE, quando no seu clássico o MERCADOR DE VENEZA proporciona o conhecimento do ideal “schilokiano” de vida, máxima moral que deve ser usada por qualquer “civis” e também para quaisquer atividades – e de que se deslumbrou o Reqdo.: extraia o homem a Libra de carne que lhe é devida por direito de nascimento, mas sem derramar nenhuma gota de sangue alheio, ou lágrima do seu irmão. E aqui, deveramente, a posição do Reqdo. Não alça foros de acatamento – e a solução da perlenga vem com GUILHERMO A. BORDA : **“o juiz deve apreciar o caso como um homem honrado e prudente”** (Apaud SERPA LOPES, Curso de Direito Civil, Tomo 1, pág.422).

E nem se diga que deve o magistrado quedar-se inerte, a observar os fatos à distância, senão imiscuir-se em questões que digam respeito aos elevados valores com que se litiga no processo, e com repercussões maiores e longe deste feito : bem por isso o incomparável RUY BARBOSA já dizia, na celeberrima ORAÇÃO AOS MOÇOS quando inicia o aconselhamento aos Advogados:

“Onde for apurável um grão, que seja, de verdadeiro direito, não regatear ao atribulado o consolo do amparo judicial”

Bem por isso o cultíssimo Des. JOSÉ RENATO NALINI, agora alçado à E. Corregedoria-Geral de Justiça, em interessante artigo publicado em jornal, proclamou:

FAZER JUSTIÇA E PROCURAR O RESGATE DA HARMONIA FRATURADA PELA VULNERAÇÃO DA NORMA.

Ora, disso decorre que o gesto do R. efetivamente lesionou a honra da parte A. – e ainda que a contestação falou à fls. 86 que “o comediante pode dizer coisas que

uma pessoa normal não pode ou não quer dizer” – não se pode aceitar a posição da ilustre assertora – havida a manifestação apenas como prova de seu apego ao sacrossanto direito de defesa, que é exata exegese dos autos.

DA SOLUÇÃO FINAL

Quer parecer, pois, ao modesto julgador, que a ação merece integral acatamento; não houve aqui aquele simples arrufo, ou rápida perlonga entre pessoas, alguma crítica aceitável, ou o humor sadio, embora mais ácida, senão aguerrida e insustentável ofensa. A atitude da parte Ré deveras atingiu a honra da parte Autora, com a incrível baixeza perpetrada, conforme frase exposta na inicial. Preleciona CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA na sua festejada “Responsabilidade civil”, pág. 39, Forense, 1993, que

“Diz-se atual o dano que já existiu no momento da ação de responsabilidade, certo, isto é, fundado sobre um fato preciso, e não sobre hipótese”.

E, a seguir, concluiu:

“O outro requisito do dano é que seja certo. Não se compadece com o pedido de reparação um prejuízo meramente eventual. No momento em que se tenha um prejuízo conhecido, ele fundamenta a ação de perdas e danos, ainda que seja de conseqüências futuras, dizem os Mazeaud. A jurisprudência rejeita a ação de responsabilidade se o dano de que se queixa é eventual”.

Ora, da lição vê-se que impende que o prejuízo, além de ser existente, deva ser atual – exatamente como neste caso, onde não foi um simples azedume, instantâneo, a tisonar as normais regras de boa educação e comportamento, senão a grave ofensa que infelizmente perdurará por longo tempo ainda – mesmo porque o dano mora, muita vez, é irreparável. E conforme a Apl. Civ. N 173.181-1 de Mogi das Cruzes em precedente da lavra do Tribunal paulista:

“No plano moral não basta o fator em si do acontecimento, mas, sim, a prova de sua repercussão, prejudicialmente mora”.

Ver, pois, que o prejuízo moral da A., pois, como se lobriga, é evidente. A rasteira ofensa produziu nefastos efeitos. O Código Civil Português, a monumental obra promulgada pela Revolução dos Cravos, revela no Art. 196º (Danos Não Patrimoniais) que

1. Na fixação da indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais, que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do Direito.

O Professor JOSÉ OSÓRIO DE AZEVEDO JÚNIOR, que honrou a Centenária Casa de Suplicação paulista, ensina em artigo publicado na Revista do Advogado nº 49, de setembro/96, editada pela Associação dos Advogados de S. Paulo, que

“convém lembrar que não é qualquer dano moral que é indenizável. Os aborrecimentos, percalços, pequenas ofensas, não geram o dever de indenizar. O nobre instituto não tem por objetivo amparar susceptibilidades exageradas e prestigiar os chatos...”

E conclui o mestre:

“Por outras palavras, somente o dano moral razoavelmente grave deve ser indenizado”.

Alfim, à luz dessa razoabilidade, nem sobrepaira dúvida de que os danos oriundos do comportamento do R. não são de molde a repelir a pretensão – senão de acatá-la.

DA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO

Assentada a responsabilidade do R., havida por procedente a pretensão, o arbitramento da indenização em casos tais não mais está balizado pela Lei de Imprensa, AB ROGADA, senão pelo Art. 159 do Código Civil de 1916, e seu correspondente na novel Lei civil; a Constituição da República adota o princípio de que a indenização, além de seu caráter punitivo, deve guardar ainda o caráter compensatório, ausentes daí **limites de fixação** já que o Art. 52 da Lei de Imprensa alide a ato culposos; bem por isso que DARCY ARRUDA MIRANDA ensina que **“agindo com dolo não limites à responsabilidade”** (Comentários à Lei de Imprensa, pág. 684).

Essa a atual orientação da jurisprudência; ver RT 533/71 – 659/143 – RJTJSP 96/345 e 209/87, notando-se que neste último precedente o Rel. SAID CAHALI invocou o Art. 1.553 de Código Civil, fixando a indenização por estimação prudencial.

DO “QUANTUM”

Quanto ao critério para a fixação dessa verba, a do **DANO MORAL**, ensina ainda a Corte Centenária paulista:

“Considerando-se as dificuldades da positivação, traços, contornos, deve-se levar em conta a regra do Art. 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações, considerando-se ainda o Art. 52 da Lei de Imprensa, sendo também matéria de ponderação os dispositivos dos Arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil” (RJTJSP, Lex, 162/68, j. aos 21.06.94).

E, nesta hipótese, o Código de Telecomunicações (Lei 4.117/62), manda que a reparação se situe de 05 a 100 salários-mínimos; já a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), permitia o arbitramento do dano moral até 200 salários mínimos.

Alfim, por equidade, hei por fixar verba a ser paga, a título de dano moral, pelo Réu, no importe de DEZ SALÁRIOS MÍNIMOS para cada dos Autores, valor esse que, a meu prudente arbítrio, repara suficientemente o dano moral sofrido pela parte A. com o injusto gesto do Requerido. Esse ainda o patamar seguido pela jurisprudência (RT 706/67 e 747/269), sendo essa fixação bastante a que se atenda ao binômio reparação x dissuasão.

DISPOSITIVO

Com estas considerações que sei por bastantes e suficientes, atento ao mais dos autos, **JULGO PROCEDENTE** a ação para CONDENAR o Requerido a pagar aos Autores a importância suso fixada, a título de reparação pelo dano moral sofrido, com juros da data do fato e correção monetária a contar desta data, até o efetivo pagamento, pagando ainda as custas e a honorária de 15% sobre o débito final.

S. Paulo, 12 de janeiro de 2012.

Luiz
Juiz de Direito.

Beethoven

Giffoni

Ferreira